

**LA ASIMILACIÓN DE UN PARTICULAR A SERVIDOR PÚBLICO, EN EL
CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**



**DANIEL FELIPE ANDRADE RUJANA
NELSON ORLANDO CUELLAR PLAZAS**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
NEIVA
2018**

**LA ASIMILACIÓN DE UN PARTICULAR A SERVIDOR PÚBLICO, EN EL
CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**

**DANIEL FELIPE ANDRADE RUJANA
NELSON ORLANDO CUELLAR PLAZAS**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
ABOGADO**

**Asesor
Dr. RICHARD MAURICIO GIL RUIZ**

**UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
NEIVA
2018**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Neiva, 31 de Julio de 2018

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
2. JUSTIFICACIÓN.....	11
3. OBJETIVOS.....	13
3.1 OBJETIVO GENERAL	13
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	13
4. DISEÑO METODOLÓGICO.....	14
5. CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO SEGÚN EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO	15
5.1 DESARROLLO CONCEPTUAL	15
5.2 MODALIDADES ESPECIALES DEL SERVIDOR PÚBLICO, SEGÚN EL ARTÍCULO 20 DEL C.P.	17
5.2.1. Los miembros de las corporaciones públicas.	17
5.2.2 Los empleados públicos y trabajadores oficiales del estado.....	18
5.2.3 Los miembros de la fuerza pública.	19
5.2.4 Trabajadores del Banco de la República.	19
5.2.5 Integrantes de la comisión nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción.....	20
5.3 SERVIDOR PÚBLICO POR ASIMILACIÓN “PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS”	20

5.3.1 Particulares que ejercen funciones públicas.....	21
5.3.2 Personas particulares que administran los bienes parafiscales.....	24
5.3.3 Retenedores y recaudadores de impuestos, contribuciones o tasas.....	26
5.3.4 El especial evento consagrado en el artículo 56 de la ley 80 de 1993. Los contratistas.....	27
5.3.5 Peculado cometido mediante contrato de prestación de servicios. Servidor público por extensión.....	31
6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE CASACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FRENTE A LA ASIMILACION DE UN PARTICULAR A SERVIDOR PUBLICO, ENTRE LOS AÑOS 2000 Y 2010.....	34
6.1 LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	35
6.2 SENTENCIA FUNDACIONAL.....	36
6.2.1 Frente a la asimilación de un particular a servidor público, en contratos de labores materiales para efectos penales.....	37
6.2.2 Salvamento de voto.....	38
6.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 19562 DE 2005 M. P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.....	39
6.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 24883 DE 2006 M. P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS....	41
6.5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 22683 DE 2007 M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.....	42
6.5.1 Salvamento de voto.....	43
6.6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 21926 DE 2008 M. P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.....	44
6.7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 23228 DE 2008 M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.....	44

6.8	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 27477 DE 2008 M. P. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.....	45
6.9	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 28586 DE 2009 M. P. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN.....	46
6.10	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 31986 DE 2010 M. P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.....	47
6.11	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 31986 DE 2010 M. P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.....	48
6.12	SÍNTESIS.....	50
7.	CRITERIOS DERIVADOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FRENTE A LA ASMILACION DE UN PARTICULAR A SERVIDOR PARA EFECTOS PENALES, EN LAS MODALIDADES DE CONTRATO ESTATAL QUE TRATA EL ARTICULO 32 DE LA LEY 80 DE 1993.	51
7.1	CONTRATOS CUYA LABOR ESTA SUJETA A QUE EL CONTRATISTA DESPLIGUE ACTIVIDADES NETAMENTE MATERIALES	53
7.1.1	Contrato de consultoría.....	53
7.1.2	Contrato de obra	55
7.2	CONTRATOS CUYO OBJETO IMPLICA POR PARTE DE LA ADMINISTRACION LA TRANFERENCIA DE FUNCIONES PUBLICAS AL CONTRATISTA.....	57
7.2.1	Contrato de concesión.....	57
7.2.2	Contrato de encargos fiduciarios y fiducia pública	62
7.3	EL CASO ESPECIAL DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS .	63
8.	CONCLUSIONES	66
	BIBLIOGRAFÍA.....	69

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo identificaremos claramente los compromisos que adquiere un particular cuando presta sus servicios al estado, convirtiéndose este en un servidor público, específicamente más en la representación penal. Se realizará un análisis detallado de la doctrina, la jurisprudencia y la ley, para poder obtener unas conclusiones claras sobre la favorabilidad o desfavorabilidad de ser un servidor público.

Haremos una breve conceptualización de los conceptos respecto al servidor público, con un análisis constitucional de la concepción que se tiene de los servidores públicos. En Colombia, el servidor público es aquel que ejerce labores con un fin público, bien sea de forma permanente o transitoria, o aquellos administran recursos provenientes de contribuciones. Todo servidor público debe estar al servicio del Estado y de la comunidad, por ende estos deberán ejercer funciones previstas por la constitución, la ley o el reglamento.

Determinaremos la responsabilidad penal enrostrada a particulares que contratan con el estado, analizando conductas que atentan contra la administración de justicia que llevan consigo un sujeto activo cualificado, pero, como se esbozara en el desarrollo del trabajo, dicha cualificación jurídica se podrá endilgar a aquellas personas que fungen como contratistas del estado. Etimológicamente y jurídicamente, existe responsabilidad frente a los servidores públicos cuando se avizora un incumplimiento de sus obligaciones, las cuales se traducen en deberes cuando se trata de personas que se encuentran al servicio del estado como ha dicho la doctrina, deberes que son de obligatorio cumplimiento jurídico. Tanto las obligaciones como los deberes, son conductas pasivas y activas, de acción y de omisión, de hacer y no hacer o prohibiciones, generales para todos los empleos y especiales para determinados cargos.

La falta de una unidad normativa que permita al funcionario en virtud del desarrollo de las funciones del Estado, tener claridad de la obligatoriedad de conocer su marco de acción y determinar lógicamente la responsabilidad que como gestor público adquiere al enfrentar el desafío de trabajar para el Estado, que trae como consecuencias un sinfín de responsabilidades presuponiendo el conocimiento previo de la norma prohibitiva y sancionatoria de la conducta. Siempre se ha observado con preocupación, no solo que el servidor público carece de los conocimientos básicos esenciales y elementales de los delitos que atentan contra la administración pública, sino que aquellos particulares que intervienen en labores públicas, desconocimiento a todas luces los criterios que determinan el momento consumativo de una asimilación frente a su cualificación jurídica, que lo coloca frecuentemente como responsable de un delito.

Analizaremos las posturas adoptadas por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, en referencia a la calidad de servidor público que ostenta un particular en materia penal, en aras de establecer los criterios que esta corporación exalta para la asimilación de un particular a servidor público en materia penal, tomando como referencia fundacional una decisión adoptada por la Corte Constitucional, en la que examinó la figura a fondo y estableció unas vertientes para la configuración de tal asimilación.

Se resaltarán la manera como la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, no ha fijado unos parámetros concretos para enervar tal asimilación, y que sus posturas, son disimiles a la hora de analizar la figura, permitiendo que la hermenéutica jurídica prevalezca a la hora de decidir un caso en que interviene un particular en la comisión de una conducta punible que atenta contra la administración de justicia, como autor.

Se planteará una línea jurisprudencial en la que se responderá al problema jurídico: *¿En qué casos, puede un particular asimilarse a servidor público en el sistema penal Colombiano?*, estableciendo una postura flexible que para efectos penales permite asimilar el particular a servidor público, en contratos cuya labor sea puramente material, y otra postura restringida que lo impide. Tales pronunciamientos serán analizados a partir del año 2000, tomando como punto final el año 2010; los cuales permitirán que concluir que el máximo órgano de justicia penal no ha delimitado una tesis clara y definitiva frente al tema.

Finalmente, una vez definidos los criterios derivados por la jurisprudencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, frente a la asimilación de un particular a servidor para efectos penales, se trazará un capítulo que aborde tales criterios respecto de las modalidades de contrato estatal contempladas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Dado a un crecimiento elevado de la criminalidad en delitos que atentan la administración pública, se examinarán los contratos que estipula la norma antes en mención, en aras de determinar si los criterios pueden ser acogidos a dichos tipos de contratos estatales, discriminando los mismos de una forma que pueda ser comprendida, verbigracia, aquellos contratos cuya labor está sujeta a que el contratista despliegue actividades netamente materiales, contratos cuyo objeto implica por parte de la administración la transferencia de funciones públicas al contratista, y finalmente, el particular caso del contrato de prestación de servicios.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se traduce en determinar, bajo el examen jurisprudencial de la sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las circunstancias en las cuales es atinado asimilar un particular a servidor público, para efectos de su responsabilidad penal, ¿En qué casos, puede un particular asimilarse a servidor público en el sistema penal colombiano?

2. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tiene como finalidad dar a conocer la noción que nuestro ordenamiento jurídico le brinda a la figura del servidor público en el ámbito penal e identificar los criterios que la jurisprudencia como fuente de interpretación del derecho, emite frente a la asimilación de un particular a servidor para efectos de responsabilidad penal. Como bien es sabido, estas personas jurídicas *-servidores públicos-* que bajo una investidura especial constituyen el ejercicio de la función pública, actúan en nombre de un Estado en aras de materializar en todos los campos la existencia convencional de este. Sin embargo, vemos como en la legislación colombiana tiende a equiparar el concepto de esta figura en todos los ámbitos del derecho; partiendo de un precepto constitucional que lo define en su artículo 123, filtrándose por dispuesto en la Ley 80, y finalizando con el desarrollo que le proporciona el Código Penal en su artículo 20.

La necesidad de adelantar esta investigación, surge a partir de la distinción que en materia penal trae el concepto de servidor, específicamente tratándose de particulares, por lo que esta exploración académica tiene como propósito el analizar en qué condiciones un particular, que a grandes rasgos su actividad no corresponde al ejercicio de la función pública, responda en los mismos términos penales como si fuese servidor público. Para llegar a tal cometido, nuestra investigación tendrá su génesis en el análisis jurídico a los diferentes fallos de la Sala penal de corte suprema de justicia, donde se trazará las condiciones y circunstancias en las que un particular, se convierta en servidor público y así cumplir con un requisito normativo que exige los delitos que atentan contra la administración pública; adicional a ello, será indispensable acotar en primera medida el concepto que nuestro sistema jurídico le brinda a la figura del servidor público, analizando a profundidad con pronunciamientos judiciales y doctrina las diferentes teorías que goza este concepto y los casos en los que una persona natural adquiere dicha calidad; finalmente, se distinguirá cada modalidad de contratos estatales que trae consigo la Ley 80 de 1993, clasificándola en los criterios emanados por la Corte Suprema de Justicia respecto de la figura de la asimilación.

La principal causa que motivó a optar por identificar en qué casos un particular se convierte en servidor público para efectos penales, fue por los innumerables casos de corrupción en los que este país ha sido testigo, que en muchas ocasiones se ven inmiscuidos particulares respondiendo por delitos contra la administración pública, verbigracia “Peculado por apropiación”, que necesariamente exige un sujeto activo calificado como es la calidad de servidor público; fue allí donde surge el afán de dar respuesta jurídica a las numerosas dudas que versen sobre el tema, que se darán respuesta en el desarrollo de los objetivos, con argumentación jurisprudencial acerca de las teorías que el alto tribunal en materia penal ha resuelto para disipar tal interrogante.

Finalmente, con este trabajo investigación se pretenderá crear un documento que acoteje las diferentes posturas jurisprudenciales acerca de las circunstancias o las exigencias para un particular se pueda asimilar a servidor público; con este material, la comunidad jurídica y académica hallará la distinción entre las responsabilidades que este sujeto incurre, y deducirá que en materia penal, el concepto de servidor público lo determina según la labor que desempeñe y el contrato celebrado, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el objeto social de la entidad perteneciente, indistintamente del modo de vinculación. Es por ello, que este trabajo de investigación recopilará los pronunciamientos de la sala penal de Corte Suprema de Justicia para advertir, en todos los casos, cuando se incurre en un delito contra la administración pública, así la vinculación con la administración de una persona sea por contrato de prestación de servicios.

Así entonces, no siempre cuando una persona natural funge como contratista de la administración, está exonerado de incurrir en una conducta punible que exija la calidad de servidor público, dado a que para el estatuto penal, la forma de vinculación es una circunstancia que nada o poco importa al momento de endilgar responsabilidades penales de este tipo, pues basta con que dicho particular cumpla con una función pública, o en el mayor de los eventos administre, custodie o tenga bienes propios del estado.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer una línea jurisprudencial, de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de asimilación de un particular a servidor público, entre los años 2000 y 2010.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el concepto de servidor público, que trata el artículo 20 del Código Penal Colombiano.
- Analizar las sentencias emanadas por la sala de casación penal de la corte suprema de justicia, frente a la asimilación de un particular a servidor público, entre los años 2000 y 2010.
- Establecer como lista de verificación, qué criterios esgrimió la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, con relación a la asimilación de un particular a servidor público en materia penal, en las diferentes modalidades de contrato estatal que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

4. DISEÑO METODOLÓGICO

El presente trabajo de investigación, tendrá como finalidad identificar las condiciones para establecer que un particular ostenta la calidad de servidor público en el sistema penal colombiano, para lo cual se utilizará el método de investigación cualitativa descriptiva, con base en pronunciamiento de las altas cortes sobre la materia, doctrina y normatividad vigente, que nos permita identificar los casos en que un particular ostenta la calidad servidor público en el ámbito del derecho penal.

La Jurisprudencia del alto tribunal en materia penal, es fundamental para identificar las teorías, condiciones y exigencias para que un particular, se convierta en servidor público y así tener la viabilidad de ser penalmente judicializado por delitos contra la administración pública, los cuales necesariamente exigen dicha calidad específica.

Por su parte, la doctrina nos dará un direccionamiento claro, acerca del concepto general de servidor público, distinguiendo las diferentes responsabilidades en las que estos incurren.

5. CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO SEGÚN EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

5.1 DESARROLLO CONCEPTUAL

Como punto de partida, es imperioso aclarar que el mundo jurídico posee innumerables definiciones del concepto de servidor público, pero huelga precisar que su determinación es de carácter constitucional y legal, en la medida en que su definición proviene, además de nuestra carta política, de las distintas normas legales del ordenamiento jurídico colombiano. Lo claro es que el elemento teleológico del desarrollo conceptual, es que este sujeto se encuentra al servicio del Estado cualquiera que sea su jerarquía, sin importar el grado de responsabilidad que ostenta o su forma vinculación a la administración; de todos modos, lo que es relevante es que automáticamente entra a regirlo un régimen de responsabilidades de todos los niveles, sobre todo y no menos importante el de carácter penal.

El artículo 20 de la Ley 599 del 2000, la cual regulo el Código Penal Colombiano actual, redundó acerca de la determinación de servidor público que consagra la Ley 190 de 1995, acogiendo los dos primeros incisos de su artículo 18, el cual modificaba el artículo 63 del antiguo Código Penal de 1980 donde se optaba por insertar una definición de las personas que pueden ser consideradas servidores públicos para efectos penales, ajustándolo a lo consagrado el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia. De cierto modo, el actual estatuto punitivo tiende a ser más diáfano en cuanto a la regulación, pues permite determinar si una persona inviste o no la calidad exigida en el tipo, expuesto al tenor literal así:

Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.¹

Paralelamente con el texto emitido por la Constitución Nacional, este precepto agrega algunas categorías como lo son, la de miembros de la fuerza pública, particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria,

¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 (24, Julio, 2000). *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2000. No. 44097.

funcionarios y trabajadores del Banco de la Republica, integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, y las personas que administren los recursos que trata el artículo 338 de la Constitución; no obstante, su régimen debe recibir alusión especial, pues en realidad allí no está presente, en algunos eventos, la anotación del servidor público, sino apenas una asimilación para efectos penales.

La H. Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Penal, advierte que el concepto que el Código le brinda al de servidor público es precario, pues aquellos tipos penales que exigen dicha cualificación, se deberá acentuar acudiendo a otras fuentes del derecho, para que le permitan dilucidar en qué casos un particular ostenta dicha calidad, argumentando que:

Dado que el concepto de servidor público genéricamente definido en la Parte General del Código Penal, es un ingrediente normativo predicado de los sujetos activos de algunas especies delictivas, su contenido, netamente jurídico, debe precisarlo el operador acudiendo a la Constitución Política y a la ley como únicas fuentes válidas que determinan en qué casos los particulares desempeñan esa clase de función, con el fin de hacer posible la imputación a ellos de ciertos injustos típicos en los que pueden incurrir con ocasión de la función pública discernida. En tal sentido, lo primero que se debe tener en cuenta se concreta en el hecho de que el concepto dogmático del delito funcional se fundamenta en el hecho de que los delitos cometidos por los funcionarios públicos se configuran como abusos de poder sobre el plano funcional o de competencia (delinquir en y durante el ejercicio de la función pública), esto es, como extralimitaciones en el ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico confiere al funcionario en relación con ciertos bienes jurídicos puestos a su cargo.²

Para el tratadista FERREIRA DELGADO³ no resulta imperioso la forma de vinculación de una persona, o su denominación al interior de la administración, para identificarlo como un servidor público, pues lo que el juzgador debe establecer es su órbita funcional, ya que si dentro de las tareas asignadas a su labor, existe alguna que se relacione con bienes puestos a su cuidado, ya sea como ordenador de estos o como su simple tenedor, ello no importa, podría encuadrarse como un posible sujeto activo de delitos contra la administración pública.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 41406 del 18 de junio de 2014, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

³ DELGADO FERREIRA, Francisco José. *Derecho Penal Especial*. Tomo II. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 2006. ps. 282-283.

Así entonces, es dable acuciar las diferentes modalidades que para el servidor público acuña el Estatuto Penal, advirtiendo de entrada que para su desarrollo, necesariamente debemos ceñirnos a nuestra carta política.

5.2 MODALIDADES ESPECIALES DEL SERVIDOR PÚBLICO, SEGÚN EL ARTÍCULO 20 DEL C.P.

5.2.1. Los miembros de las corporaciones públicas. Según el autor SANGUINO MADARIAGA, al referirnos de esta modalidad de servidores públicos es necesario acudir a diferentes normatividades que la desarrollan, señalando:

“Se refiere a los miembros del Congreso De la Republica, (C.N. art. 114, inciso 2º) (Senadores y representantes a la cámara), los diputados de las Asambleas Departamentales (C.N. art. 299), los concejos municipales (C.N. art. 312, inciso 1º) y los miembros de las juntas administradoras locales, JAL (C.N. art. 318, inciso 2º)”⁴

Aunado a lo anterior, los doctrinantes GOMEZ MENDEZ y GOMEZ PAVAJEAU sustentan la definición de esta tipología de servidores públicos, afirmando:

Aun cuando el concepto en su enunciación es impreciso, el Código se está refiriendo a las corporaciones públicas de elección popular. Desde este punto de vista pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública: los senadores de la Republica y Representantes a la Cámara, esto es, los miembros del Congreso Nacional (inc. 2º. Art. 114 C.P.), los diputados a las asambleas departamentales (art. 299 C.P., modificado por el art. 1º Acto legislativo 01 de 1996) y los concejos municipales (inc. 1º. Art. 312 C.P.) Y los miembros de las juntas administradoras locales, JAL (inc. 2º art, 318 C.P.)⁵

Así entonces, se ha establecido que estas personas revisten de la calidad de servidor público dada a su labor singular de expedir las normas; sumado a ello, su forma de vinculación (elección popular) está encaminada a tener un periodo fijo.

Es claro que estas corporaciones cumplen una función pública con gran importancia en la organización del Estado, por ello resulta fundamental que sus miembros sean considerados servidores públicos y se desprenda una de las ramas del poder público: el legislativo.

⁴ SANGUINO MADARIAGA, Alirio. *Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*. 2a Edición. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2013.

⁵ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración Pública*. 3a Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008.

Por su parte, la sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, ha acentuado su postura frente a los delitos cometidos en relación con las funciones como congresista, exponiendo que:

En el presente caso, el comportamiento reprochado al ex Representante (...) es el relativo a la apropiación de pasajes aéreos que le fueron suministrados en su calidad de congresista y para el ejercicio de sus funciones. En tal medida, no se remite a duda que el tipo penal llamado a recoger tal comportamiento es el correspondiente al peculado por apropiación, según se precisó en la indagatoria y luego al resolver la situación jurídica del procesado, conducta que demanda para su tipificación la existencia de disponibilidad jurídica o material por parte del sujeto activo –servidor público- sobre el bien del Estado objeto de la ilícita apropiación.⁶

Así pues, la cualificación en estos tipos de servidores públicos en los delitos que atentan el bien jurídico de la administración pública resulta evidente, si se tiene en cuenta su forma de vinculación y su elemento funcional que cumplen los mismos, con referencia a la función pública.

5.2.2 Los empleados públicos y trabajadores oficiales del estado.

SANGUINO MADARRIAGA⁷ ha ilustrado que a groso modo resulta factible señalar a esta subclase de servidores públicos, como aquellas personas naturales que se vinculan al Estado, en los diferentes niveles de la administración: nacional, departamental, municipal y territorios indígenas. Adicionalmente, considera que al incluir dentro de esta generalidad a los empleados públicos, estos se encuentran vinculados con la administración mediante una relación legal y reglamentaria, que en cada caso se concreta a través de un acto administrativo; por su parte, en lo que respecta a los trabajadores oficiales, su vinculación con la administración generara necesariamente una relación contractual laboral de naturaleza bilateral.

Por su parte, según GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU⁸, esta relación legal y reglamentaria que vincula a estas personas con la administración significa que al legislador le corresponde determinar diferentes aspectos, tales como el acceso al cargo, su permanencia y un eventual retiro del servicio; de igual manera los derechos, obligaciones, funciones y prohibiciones que exige la labor; así como su régimen salarial y prestacional. Es por esta razón por la que el empleado público no puede celebrar pactos o convenciones colectivas, ni presentar pliegos de

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 18903 del 04 de enero de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁷ SANGUINO MADARRIAGA. Óp. Cit., p. 45.

⁸ GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU. Óp. Cit., p. 82.

peticiones, lo que significa que en la práctica no podría ir a huelga, aunque la prohibición fue eliminada de la Constitución Nacional en su artículo 56.

Así las cosas, en referencia a la responsabilidad penal es factible acotar que su calidad exigida por los delitos contra la administración está demostrada de iure, pues la subordinación que ostentan con el estado y su forma de vinculación, permite concluir que podrían ser sujetos activos de las conductas referidas.

5.2.3 Los miembros de la fuerza pública. Esta tipología de servidores públicos la integran las fuerzas militares el Ejército, Armada, Fuerza Aérea (conforme al artículo 217 de la C.N. inciso primero), y la Policía Nacional cuya naturaleza es civil (artículo 218 de la C.N.). En estos casos, para los autores GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU⁹ es menester recalcar que la aplicación del estatuto penal colombiano a estos sujetos es subsidiaria, es decir su régimen preferente en lo concerniente a responsabilidad penal lo será el Código Penal Militar, y en su defecto se aplicará la Ley 599 del 2000 (Código Penal, 2000) cuando una conducta no se encuentre regulada por el primero o cuando se trate de un delito que no tenga relación con el servicio.

5.2.4 Trabajadores del Banco de la República. La H. Corte Constitucional¹⁰ estructuró el Banco de la Republica como entidad estatal de carácter independiente y autónoma, que se encuentra organizada como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta a un régimen especial; lo que les permite constituirse como sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública. Lo anterior se fundamenta en la medida en que la Constitución Nacional catalogó a dicha entidad como un órgano de rango constitucional, adicional a ello se entiende claramente que sus miembros tienen la calidad de servidores público esencial, y su calidad queda incluida dentro de la genérica expresión de empleados públicos o trabajadores del Estado que consagra el artículo 20 del Código Penal.

Finalmente, la misma corporación constitucional señala en referencia a estos servidores públicos que:

La calificación legal de la función de la banca central como “servidor público esencial” se encuentra ajustada a la Constitución. La sola enumeración de las primeras obligaciones del Banco lleva a la Sala al convencimiento de que su interrupción, por comprender la economía nacional, afectaría seriamente la posibilidad de que el Estado pudiese cumplir con sus finalidades esenciales, amenazando entre otras cosas

⁹ Ibíd., p. 83.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*los derechos fundamentales constitucionales de las personas, todo lo cual indica que este es un servicio de interés general. (...).*¹¹

5.2.5 Integrantes de la comisión nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción. El Estatuto Anticorrupción¹² creó un organismo que tendrá como función, fiscalizar el comportamiento de los funcionarios estatales en el desempeño de sus funciones. Este tipo de servidores, conforme el artículo 71 ejusdem, estaría integrado por 7 comisionados, designados por el Presidente de la Republica para un periodo fijo de 4 años.

En efecto, esta comisión al igual que los trabajadores del Banco de la Republica resulta innecesaria la expresa alusión de que sus integrantes sean considerados servidores públicos, pues de acuerdo con las funciones que le han sido asignadas en el Estatuto en mención y con su forma de financiación, no cabe duda de que sus miembros ostenten el carácter de dicha cualificación exigida en las conductas punibles cuyo sujeto activo es un servidor público.

5.3 SERVIDOR PÚBLICO POR ASIMILACIÓN “PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS”

El ordenamiento penal colombiano, en analogía con La Ley 80 de 1993 y Art. 123 superior, faculta para para que aquellas personas ajenas a la administración se conviertan en servidores públicos como sujetos aplicables de la ley punitiva; ello debido a la excesiva cantidad de labores asignadas al Estado. Es así como, este compendio normativo, coadyuvado por la jurisprudencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina, autoriza el ejercicio de determinadas funciones públicas a los particulares con el fin de satisfacer necesidades socialmente relevantes y de carácter general. Dentro de esta clasificación se encuentran los denominados servidores públicos por asimilación, que a groso modo son aquellas personas que no estando vinculadas a la administración pública por elección popular, nombramiento o contrato de trabajo, desempeñan una función pública en los términos de la Constitución y la Ley. Dicha responsabilidad y la naturaleza de la función están previamente determinadas por la ley.

Para el tratadista SANGUINO MADARIAGA¹³, para efectos penales se trata de un dispositivo amplificador del concepto de servidor público, toda vez como lo señala el inciso segundo del artículo 20 del Código Penal, para los efectos de la ley penal “se consideran servidores públicos” los particulares que ejercen funciones públicas

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-521 del 21 de noviembre de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

¹² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 190 (06, junio, 1995). *Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.* Diario oficial. Bogotá, D.C., 1995. No. 41.878.

¹³ SANGUINO MADARIAGA. Óp. Cit., p. 48.

en forma permanente o transitoria. Por su parte, la H. Corte Constitucional¹⁴ zanjó que tal asimilación tiene fundamento en el concepto moderno de Administración Pública, denominada como una “*concepción material de la cosa pública*”, originada en la idea del Estado social y democrático de Derecho que se funda en una filosofía que implica el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretenden superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente estatal y de lo puramente privado, para lo cual también se reclama el valor de la moralidad pública.

Dentro de esta sub-clase de servidores públicos, se desprenden una amalgama de personas que, siendo particulares según su forma de vinculación, se podrían asimilar a servidores públicos, atendiendo a que en su labor se encuentra la de ejercer funciones propias que le competen a la administración.

5.3.1 Particulares que ejercen funciones públicas. Los autores GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU señalan las diferentes disposiciones que dispone la Carta Política, con referencia a aquellas personas que por alguna circunstancias son ajenas a la administración, pero que cumplen una función de carácter público que los convierte en funcionarios oficiales, veamos:

La categoría de servidores públicos que otorga el texto constitucional a los particulares aparece en aquellos que temporalmente desempeñen funciones públicas (art. 123); el cumplimiento de funciones administrativas en los términos que señale la ley (inc. 2º art. 210); la prestación de servicios públicos (inc. 2º art. 365); el manejo de fondos o bienes de la Nación (art. 267); la administración de justicia en la calidad de árbitros o conciliadores (inc. 4º art. 116); entre otras.¹⁵

Con relación a lo antes esgrimido por la doctrina, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, argumentado que:

El derecho a desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan materialmente con la administración mediante la elección o nombramiento y la posesión en el cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones administrativas, donde se entiende por función, el ejercicio de las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener unos determinados cometidos o finalidades. El cumplimiento de funciones

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Charry.

¹⁵ GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU. Óp. Cit., p. 87.

*administrativas por los particulares debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley.*¹⁶

MOLINA ARRUBLA, señala que actualmente y conforme a la redacción del texto legal, la consideración del particular como servidor público en los términos y condiciones del inciso segundo del artículo 20 del Código Penal, solo operará factible en la medida en que la prestación de ese servicio público comporte el ejercicio, transitorio o permanente, de alguna función pública, pues que no se arribara a esa misma conclusión en caso contrario, como si podía ello acontecer respecto del texto original del artículo 63 del Código Penal de 1980 a tenor del cual, como se ha dicho, se llegaba a conjugar la calidad de empleado oficial, por un particular, por el solo hecho de que se desempeñara un servicio público, independientemente de que de por medio hubiese o no una función pública.

No son ya eventuales sujetos activos de los delitos contra la administración pública, en condición de *intrañeus*, conforme a la variación introducida por el artículo 18 de la ley 190 de 1995, acogida por el artículo 20 del Código Penal vigente, “las personas encargadas de un servicio público”, por esa mera situación, tal como lo proponía y autorizaba el texto original del artículo 63 del Código Penal de 1980, a menos que, de por medio, el hecho de estar encargado de ese servicio público apareje una función pública.

Por lo tanto, no puede ya decirse, como si se hacía en vigencia el texto original del artículo 63 del Código Penal anteriormente vigente, que tengan la categoría de servidores públicos simples encargados de un servicio público como la educación, la sanidad, la vivienda, la energía eléctrica, los acueductos y alcantarillados, verbigracia, sin distinguir grados o posiciones jerárquicas.¹⁷

Dentro de esta categoría, encontramos a las cámaras de comercio que fueron investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, al ser encargadas por la Ley 80 de 1993 de llevar el Registro de Proponentes, esencialmente público y generador de actos administrativos.

Sobre este tema la Corte Constitucional, examinó la esencia jurídica que gozan las Cámaras de comercio, endilgándole su condición de entidad pública, veamos:

Acerca de la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio cabe anotar que la controversia desatada alrededor de su calificación como entidades públicas o privadas, que presidió los debates generados con motivo de la expedición del Código de Comercio y los desarrollos doctrinales posteriores, hoy en día se halla zanjada en favor de la última

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-089 del 03 de marzo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos. *Delitos Contra La Administración Pública 4ª Edición*, Citado por: SANGUINO MADARIAGA, Alirio. *Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*. 2a Edición. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2013. p. 40.

opción; de ahí que el artículo 78 del referido Código, conforme al cual las Cámaras de Comercio son "instituciones de orden legal creadas por el Gobierno Nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar" no significa que estos entes hayan sido integrados a la administración pública, sino más bien que se trata de instituciones que derivan su existencia de una autorización legal conferida al Gobierno para crearlas, aspecto que no desvirtúa esa naturaleza gremial y privada que se manifiesta, por el ejemplo, en la calidad de comerciantes que tienen sus miembros, en la posibilidad de contar con representantes legales designados por ellas mismas y de expedir estatutos o reglamentos elaborados por la propia Cámara, etc.¹⁸

De igual forma, los árbitros o conciliadores quienes por regla general son particulares, ejercen de forma transitoriamente la función pública de administrar justicia, con fundamento en el inciso 4° del artículo 116 de la C.N. En tal punto, la Corte Constitucional expresó:

Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 106 de la constitución, que regulan el arbitramento (...)

La administración de Justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

La primera, que los particulares sólo pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente.

Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, resolverse el conflicto desaparece la razón la función arbitral. La segunda, ya insinuada, son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o conciencia.

Y la última, que los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral¹⁹

Por otra parte, para GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU²⁰ aquellos particulares miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública, fundamentado en que, si bien hacen parte de establecimientos públicos,

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-166 del 20 de abril de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia c-294 del 06 del 06 de Julio de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

²⁰ GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU. Óp. Cit., p. 88.

empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta, por medio de una vinculación contractual diferente a la de servidor público, ejercen una función pública.

Lo anterior es ratificado por el tratadista LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, quien argumenta la aplicación del estatuto punitivo a esta clase de particulares, refiriendo:

Por cuanto ejercen funciones públicas y se hayan encargados la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos, le son aplicables las disposiciones del título III del Código Penal sobre delitos contra la administración pública. A quienes tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para estos²¹

En lo que respecta a los notarios como auxiliares de la justicia, el profesor SANGUINO MADARIAGA extiende el ámbito de aplicación de la ley penal, no solo a estos sino a los que colaboraban para una realización efectiva de la función de dar fe pública, considerando que:

(...) en la actualidad, a diferencia de que lo sucedió en alguna época lejana, el trabajo de una notaría no lo puede realizar únicamente el Notario. Y se trata de una realidad que no puede ser desconocida por el derecho. Si el Notario es el depositario de la función de dar fe pública y si por la complejidad de tareas que debe desempeñar requiere de un equipo de colaboradores, es obvio que estos ejercen una función pública y si en desarrollo de la misma cometen delitos, responden naturalmente como servidores públicos.²²

5.3.2 Personas particulares que administran los bienes parafiscales. El tratadista JUAN CAMILO RESTREPO²³, conceptualiza a los bienes parafiscales como aquellas retribuciones por parte de organismos públicos o semipúblicos, que de manera imperativa los usuarios deberán efectuar, en aras de asegurar el financiamiento de dichas entidades de manera autónoma. Así mismo, la Corte Constitucional en relación a las contribuciones parafiscales, ha expresado:

²¹ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*. 2a edición. Bogotá D.C: Editorial Temis. 1999. p. 24 y ss.

²² SANGUINO MADARIAGA. Óp. Cit., p. 51.

²³ RESTREPO, Juan Camilo. *Hacienda Pública*. 2ª edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 1994. p. 124 y ss.

En tratándose de las contribuciones parafiscales administradas por particulares (como lo prevé expresamente el inciso primero del artículo 29 del estatuto orgánico del presupuesto), es posible que en el "manejo, administración y ejecución" de sus recursos, participen no sólo representantes del "determinado y único grupo social y económico" que las tributa, sino del Estado. Así se garantiza el justo equilibrio entre los intereses gremiales o de grupo o sector económico, y los generales. Debe existir, además, el mecanismo que permita, en caso de conflicto entre unos y otros intereses, la primacía de los generales. Pero la representación del sector público, del Estado, no puede llegar a eliminar, en la práctica, la de quienes aportan los recursos y tienen el derecho a disfrutar exclusivamente de los beneficios generados por los mismos.²⁴ (Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 1997).

Adicionalmente, la misma corporación en jurisprudencia de antaño determina los elementos propios que se desprenden de las contribuciones parafiscales, así:

Para sistematizar, la Corte observa que los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

a) Obligatoriedad: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.

b) Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.

c) Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores.²⁵

En ese orden de ideas, es preciso señalar que aquellas personas que tengan como función administrar o custodiar estos tipos de bienes, obtendrán por regla general la calidad de servidor público; en tal punto, los tratadistas GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU consideran:

(...) como los bienes parafiscales están enumerados dentro del artículo 338 de la Carta Política, cuando los mismos sean administrados por particulares, éstos para todos los efectos penales son servidores públicos por asimilación en tanto ejercen funciones públicas, pues la

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-152 del 19 de marzo de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-490 del 28 de octubre de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*administración de recursos Fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Luego entonces, quien administre, tenga o custodie como particular bienes parafiscales ejerce funciones públicas, por tanto tiene la calidad de servidor público por asimilación y en consecuencia si se apropia de dichos bienes incurre en el delito de peculado*²⁶

5.3.3 Retenedores y recaudadores de impuestos, contribuciones o tasas.

Según el artículo 402 del código Penal vigente²⁷, se refiere al sujeto activo determinado como el agente retenedor o recaudador, el cual puede ser un particular que restringidamente administra bienes del Estado.

La Corte Constitucional ha señalado en distintos pronunciamientos²⁸, que la administración de recursos fiscales implica la ejecución de una función pública.

Así entonces, la doctrina coincide con lo zanjado por la máxima corporación constitucional al respecto, pero transforma su posición frente a la responsabilidad penal de los retenedores argumentado:

*(...) precisamos que la sola actividad de retenedor no implica sin más la administración de recursos públicos, pues allí lo único que se presenta es una simple actividad de recibo y giro de dineros, que debe entenderse dentro de la órbita de lo definido por el artículo 402 del Código Penal. La calidad de retenedor o recaudador es fundamento de la penalidad en el tipo, pero no implica ni se concibe que el mismo tenga para efectos de la ley penal la categoría de una autoría por asimilación, que por demás no se reclama en el tipo penal del artículo 402.*²⁹

²⁶ GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU. Óp. Cit., p. 96.

²⁷ El artículo 402 del Código Penal Colombiano señala: "Artículo 402. OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR. <Artículo modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguiente a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal prevista en este artículo. Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones."

²⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-181 del 12 de marzo de 2002, Sala Plena y Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Charry.

²⁹ GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU. Óp. Cit., p. 98.

5.3.4 El especial evento consagrado en el artículo 56 de la ley 80 de 1993.

Los contratistas. Es de señalar, que la sola remisión al estatuto punitivo en su artículo 20, no permite determinar las circunstancias específicas en las que un particular, bien sea contratista, interventor o consultor, acarea responsabilidades de índole penal.

Es por ello, que para su interpretación se deberá acudir a lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública³⁰, el cual expone la responsabilidad penal de aquellas personas ajenas a la administración que intervienen en la relación estado - contratista.

El análisis realizado por los autores GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU³¹ del precepto antes mencionado, permite acentuar que la misma Ley 80 de 1993 le da el carácter de servidores públicos a aquellos particulares que realizan, o que eventualmente, ejecutan funciones públicas; permitiendo de este manera que estos obtengan la cualificación necesaria para ser sujetos activos de conductas punibles atentatorias contra la administración pública.

En síntesis, cabe resaltar que el código penal colombiano no trae con exactitud este tipo de responsabilidades para particulares, ello no obsta, que el régimen de la contratación reglamentara su participación en materia penal.

Adicional a lo anterior, es menester hacer una remisión somera lo expuesto por la doctrina en tal aspecto, pues CÁRDENAS MEJÍA³² comenta que para trata de endilgar algún tipo de responsabilidad penal a los contratistas, es imperioso resaltar que estos particulares cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales y, y por ende, será susceptibles de responsabilidad que en esa materia señala la ley como sujeto activo calificado a los funcionarios públicos.

A su vez y no menos importante, la jurisprudencia ha sido la herramienta fundamental como fuente del derecho más acogida por los operadores de justicia, a la hora de discernir tales aspectos jurídicos; en tal precisión, la H. Corte Constitucional en un pronunciamiento hito al respecto³³, realiza un examen de constitucionalidad al artículo 56 del régimen de la contratación pública, precisando de manera reflexiva que la asimilación traída a colación en dicho precepto, no

³⁰ El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 señala: "Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

³¹ *Ibid.*, p. 99.

³² CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Responsabilidad del Servidor Público en el Nuevo Estatuto de Contratación, en comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1994. ps. 241 y 242.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C- Sentencia C-563 del 07 de octubre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

equivale a ubicarlos en la categoría de servidor público, ni desconocer su condición de particular, considerando que:

La responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

En el mismo fallo a renglón seguido, la misma corporación advierte que la constitución política en su artículo 123, prevé de manera somera que los particulares pueden ejercer funciones públicas, bien sea manera temporal o permanente, veamos:

Los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123, inciso tercero y 210, inciso segundo. No resulta exótico, por lo tanto, que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas, aun cuando no por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales, es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.³⁴

Continúa el corte, argumentado que la asimilación de los particulares en las funciones públicas se fundamente en:

“La comunidad de ideales y de problemas que comparten y afrontan el Estado y la sociedad civil ha determinado la búsqueda de soluciones comunes a las necesidades colectivas, donde el esfuerzo mancomunado

³⁴ *Ibid.*, p. 11.

*y creativo tiende a reemplazar las oposiciones y diferencias, que antes eran naturales.*³⁵

Esta sentencia de constitucionalidad referida, tiene su carácter de hito en la medida en que fue pionera en determinar las condiciones para que un particular ostente la calidad de servidor, y así obtener la posibilidad de convertirlo para que responda penalmente como tal.

De esta manera, recalca esta corporación que mediante el contrato estatal se le podrá excepcionalmente atribuir funciones públicas a un particular:

*Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.*³⁶

Ahora bien, este pronunciamiento insiste que no toda relación en la que intervenga Estado-particular, genera el cumplimiento de una función pública, pues aquellos contrato en los que el particular deberá realizar una actividad cuya labor sea material, se restringirá la asimilación a servidor público en el aspecto penal, verbigracia lo que ocurre en los contratos de obra, pues para la corte, el particular en dichos convenios estatales se convierte en un colaborador o instrumento de la administración, miremos:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública. Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente MATERIAL y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública

³⁵ *Ibíd.*, p. 12.

³⁶ *Ibíd.*, p. 14.

*que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.). En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.*³⁷

Así las cosas, este fallo que ostenta esa característica de hito frente al tema tratado, sintetiza que un particular se le podrá considerar servidor público, siempre que cumpla funciones de índole pública como exigencia especial, dicha cualificación dará lugar a una asimilación jurídica, referenciando como sustento constitucional el artículo 123 superior³⁸.

Por su parte, la jurisprudencia de la H. Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, ha pregonado que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, se refieren a la responsabilidad penal del particular como lo son el contratista, asesor o consultor que cumplen funciones públicas, asimilación que genera como consecuencia endilgar a cualquiera de los antes mencionados, una conducta propia de un servidor público, precisamente por la naturaleza de la función pública. Con relación a lo anterior, la misma corporación expuso que:

Estatuto General de la Contratación Pública, al señalar que los contratistas, consultores, interventores y asesores se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo relacionado con la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, y que por lo mismo se encuentran sujetos a la responsabilidad penal que en esa específica materia, la de contratación, prevé la Ley para los servidores públicos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que esa “función pública” atribuida a los particulares que intervienen en la contratación estatal, no implica que pueda considerárseles sujetos activos de todas las conductas punibles lesivas de la Administración Pública que exigen sujeto activo calificado, sino que, por el contrario, constituye una extensión de la calidad de servidor público a efectos, exclusivamente, de permitir la eventual imputación de los tipos penales de “Celebración indebida de contratos” descritos en los artículos 408 a 410 de la Ley 599

³⁷ *Ibíd.*, ps. 13 y 14.

³⁸ El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia señala: “**ARTICULO 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

*de 2000. Resulta imperioso destacar, entonces, que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 no convierte a los contratistas, interventores, consultores y asesores externos en servidores públicos, sino que les asigna el cumplimiento de una función pública, diferenciación que por sutil no deja de ser trascendente a la hora de establecer la responsabilidad penal que les pudiera ser atribuida con ocasión de conductas punibles cristalizadas por sus acciones u omisiones, bien en el trámite, celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, o ya en el cumplimiento de las obligaciones inmanentes del respectivo contrato que los liga con el Estado.*³⁹

Así entonces, de distintos fallos emanados por esta sala, se desprende que el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, sólo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares. No obstante, tales aspectos serán materia de profundización en el siguiente capítulo.

5.3.5 Peculado cometido mediante contrato de prestación de servicios. Servidor público por extensión. Inicialmente, es dable resaltar que el decreto 100 de 1980, el cual reglamenta el código penal colombiano que antecede el actual, contenía como conducta punible independiente el peculado por apropiación por extensión, sin embargo, la ley 599 de 2000 transformó tal tipo penal, que al presente se tipifica como abuso de confianza, y con ella unas circunstancias de agravación que permiten endilgar al caso hipotético de una apropiación en la ejecución de un contrato estatal.

Ahora, en ciertos casos en los que estén inmiscuidos dineros del estado en la ejecución de un contrato, como por ejemplo los anticipos en los contratos de obra, es riesgoso que estos sean administrados de manera inadecuada por el contratista. En tales circunstancias, hay líneas trazadas por la sala de casación penal de la corte suprema de justicia en las que determinan que su inapropiado uso constituirá peculado por apropiación; pero, otra parte de la sala asegura que el particular no pierde su calidad y por lo tanto se configuraría la conducta punible de abuso de confianza, tal discusión se desarrollará en el capítulo subsiguiente al igual que el examen conceptual de la figura jurídica del anticipo. En tal aspecto, indica SANGUINO MADARIAGA que:

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 38768 del 01 de julio de 2015, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

“la condición de servidor público por extensión no deriva de la forma de la persona a una entidad estatal, sino de las funciones asignadas y, específicamente, ha dejado sentado que no existe obstáculo para que esa calidad la adquiera quien ha sido contratado por la vía de prestación de servicios.”⁴⁰

Dicho de otro modo, es imperioso que el contrato estatal transfiera al contratista, interventor, consultor y asesor particular el ejercicio temporal de una función pública, para que la equiparación pueda materializarse: el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casis en los cuales continúan teniendo la condición de particulares. Así mismo, La Corte Constitucional en el pronunciamiento que analiza la constitucionalidad del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 antes referenciado, puntualizó que la equiparación que la norma contiene, en el sentido de considerar servidor público para efectos penales a los contratistas, interventores, consultores y asesores que en condición de particulares desempeñan funciones públicas, no surge del mero vínculo contractual con la entidad estatal, sino del hecho de que el contrato tenga por objeto la atribución o delegación temporal de una función pública, discutiendo que:

Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial

⁴⁰ SANGUINO MADARIAGA. Óp. Cit., p. 67.

*implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.*⁴¹

Así las cosas, hemos visto como las diferentes fuentes del derecho, han desarrollado a grandes rasgos la figura de la asimilación de un particular a servidor; empero, es menester analizar los diferentes pronunciamientos de H. Corte Suprema de Justicia, en sala de Casación Penal, con referencia a lo anterior, que se ampliara en la línea jurisprudencia a realizarse en el próximo capítulo, partiendo del año 2000 hasta el 2010.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-563. Óp. Cit., p. 16.

6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE CASACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FRENTE A LA ASIMILACION DE UN PARTICULAR A SERVIDOR PUBLICO, ENTRE LOS AÑOS 2000 Y 2010.

La justificación de un análisis jurisprudencial frente al tema objeto de la metodología, se desarrolla en la medida en que la Sala Penal de esta Honorable corte ha emanado múltiples pronunciamientos al respecto; no obstante, sus posturas han sido dinámicas al punto de desvirtuarse entre ellas sus argumentos al momento de determinar en qué casos un particular ostenta la calidad de Servidor Público.

En primer lugar, es forzoso puntualizar el método de selección y análisis jurisprudencial, en aras de generar una respuesta más sólida, clara y pedagógica frente al problema de investigación planteado. Para la elaboración de una línea jurisprudencial, según los parámetros establecidos por el profesor LÓPEZ MEDINA ⁴², se partirá de la escogencia de aquellas sentencias que han determinado una postura con relación a lo investigado, para observar así, una evolución del concepto con respecto a periodos de tiempo, concluyendo con la construcción de la postura que permite resolver el interrogante planteado.

Pues bien, una vez desarrollado el concepto de servidor público plasmado por el código penal colombiano en el primer capítulo, encontrando que para su mayor análisis y comprensión con referencia a los particulares, es necesario acudir a fuentes del derecho como la jurisprudencia, se ha establecido que para analizar los casos en que un particular pueda ostentar la calidad de servidor público, se utilizará como técnica “La Ingeniería Inversa”, que parte desde el Punto Arquimèdico, es decir de una sentencia fundacional con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varios pronunciamientos, construyendo así un “Nicho Citacional” consistente en el conjuntos de sentencias a través de las cuales se resuelve el problema jurídico.

⁴² LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Legis. 2001. p. 60.

6.1 LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Tabla 1. Línea jurisprudencial

	¿EN QUÉ CASOS, PUEDE UN PARTICULAR ASIMILARSE A SERVIDOR PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO?	
<p>Postura flexible, que <u>PERMITE</u> para efectos penales asimilar un particular a Servidor Público, en contratos estatales cuya labor es netamente material.</p>	<p>C- 563 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de voto</p> <p>Sentencia 19562 de 2005 M.P. Herman Galán Castellanos.</p> <p>Sentencia 24883 de 2006 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.</p> <p>Sentencia 22683 de 2007 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Salvamento de voto</p> <p>Sentencia 21926 de 2008 M.P. Alfredo Gómez Quintero.</p> <p>Sentencia 23228 de 2008 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.</p> <p>Sentencia 27477 de 2008 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.</p> <p>Sentencia 28586 de 2009 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.</p> <p>Sentencia 31986 de 2010 M.P. María Del Rosario González.</p> <p>Sentencia 32686 de 2010 M.P. María Del Rosario González.</p>	<p>Postura restringida, que <u>IMPIDE</u> para efectos penales asimilar un particular a Servidor Público, en contratos estatales cuya labor es netamente material.</p>

Fuente: Autor

A continuación, se abordarán en su totalidad las sentencias antes enunciadas, a efectos de dilucidar las teorías planteadas por la Sala Penal, respecto de la asimilación de un particular a servidor público, frente a la responsabilidad penal. Para tal desarrollo, preliminarmente es dable resaltar que teniendo en cuenta los distintos contratos o convenios que la administración suscribe con los particulares, la bipolaridad antes plasmada se limita a estudiar aquellos pronunciamientos acerca de la responsabilidad penal de un particular, cuya finalidad contractual conlleva actividades simplemente materiales.

6.2 SENTENCIA FUNDACIONAL

Corte Constitucional, C- 563 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Concita el estudio constitucional del Artículo 56 de la Ley 80 y algunas disposiciones de la Ley 190 de 1995, lo que permite incluirla como sentencia fundacional, pese a estar extralimitada en los años respecto de la línea jurisprudencial planteada, no solo por ser la sentencia hito en el estudio de la asimilación de un particular a Servidor público en materia penal, sino por su examen constitucional a esta figura que terminó plantándose en el actual código penal colombiano.

En la demanda de inconstitucionalidad, el demandante argumenta que, si bien es permitido que los particulares intervengan en el proceso de contratación, estos no cumplirán funciones públicas, sino meramente sociales, pues además de que su actividad la desarrolla de manera independiente, su vinculación con el estado permite concluir que no pueden ostentar la calidad de Servidores Públicos, veamos:

“Efectivamente, las referidas personas no cumplen una función pública al celebrar contratos con el Estado, sino una función social; sólo contraen obligaciones para ejecutar idónea y oportunamente el objeto contratado, y sus actividades se desarrollan en forma independiente, sin que se genere una relación laboral con la entidad contratante.”

De lo anterior, finaliza el demandante que las normas van en contravía con la constitución, transgrediendo el principio de igual y el debido proceso, aludiendo:

Las normas demandadas les otorgan un tratamiento discriminatorio a dichas personas que vulnera el principio de igualdad, pues las sanciones previstas por las disposiciones acusadas no se aplican a los otros sujetos que contratan con el Estado como son, entre otros, los terceros responsables, los consorcios, las uniones temporales, las personas jurídicas nacionales y extranjeras, etc.

Además, la asimilación de las personas a que aluden las normas censuradas a servidores públicos, puede conllevar a que sean juzgados dos veces por el mismo hecho, en contravía de lo dispuesto por el artículo 29 superior, dado que deben responder no solamente en la condición anotada, sino como particulares.

Pues bien, la corte constitucional plantea en términos preliminares, que partiendo de una lectura somera al artículo 123 de la Carta se podría establecer que a los particulares se les podrá asignar funciones públicas, bien sea de manera temporal

o permanente, por cuanto el legislador estableció diferentes categorías de Servidor Público, enmarcando que:

“Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica.”

Ahora bien, frente a la responsabilidad penal de un particular, asimilado a servidor público, esta corporación decantó que para efectos penales, dicha calidad se obtiene en la medida en que al particular se le asigne el cumplimiento de una función pública, situación que es dable mediante atribución legal:

“Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. (. . .)

“Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución.”

6.2.1 Frente a la asimilación de un particular a servidor público, en contratos de labores materiales para efectos penales. En tal acápite, la corte fue categórica en este pronunciamiento al pregonar que en aquellos contratos cuya labor se ceñía a actividades netamente materiales, los contratistas no ejercían funciones públicas, por lo que resulta improcedente asimilarlos a Servidores Públicos:

“El propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados.”

Indistintamente de que la contratación estatal traiga consigo innumerables formas de contratos o convenios estatales, la corte en este pronunciamiento trae como modelo el contrato de obra pública, del cual concluye que el contratista por ejercer una labor netamente material no es receptor de funciones públicas y su calidad seguirá siendo el de un particular, instaurándose como un COLABORADOR o INSTRUMENTO de la Administración, veamos:

“Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente

material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.). En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Ahora bien, si bien la corte imposibilita asimilar un particular a servidor públicos, en contratos de actividades materiales, si permite su asimilación en materia penal para aquellos contratos en los que se le asigna al contratista una función pública; solo en estos casos el particular puede asumir responsabilidades penales:

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En conclusión, según este pronunciamiento del máximo órgano constitucional se podrá considerar como servidor público, a aquel contratista que cumpla con una exigencia especial, como lo es la de cumplir funciones públicas; solo así el particular podrá calificarse como sujeto activo de delitos que atentan contra la administración pública.

Ahora bien, por función pública, el profesor MAGGIORES⁴³ la define como toda actividad que realice fines propios del Estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la administración pública.

6.2.2 Salvamento de voto. Por último, cabe mencionar que la suscitada sentencia lleva consigo un salvamento de voto, del cual se centra en contrariar la constitucionalidad del Art 56 de la Ley 80 de 1993, pues argumentaron que en ningún caso se podría asimilar un particular a servidor público, porque i) es obligación del legislador establecer su régimen aplicable, ii) no actúan a nombre de la administración, iii) sus actividades las desarrolla de manera autónoma e

⁴³ MAGGIORES, Giuseppe. *Derecho Penal, parte especial*. Bogotá: Editorial: Temis. 1955. p. 137.

independiente y iv) su vinculación con el estado permite inferir que no existe subordinación, como si la hay con los servidores públicos, miremos:

Si bien los particulares pueden desarrollar funciones públicas (arts. 123, inciso 3 y 210, inciso 2 de la Constitución), ello constituye una situación excepcional que debe ser delimitada estrictamente por el legislador; pero nunca pueden asimilarse las actividades de los servidores públicos a las de los particulares, porque cada una de ellas tienen especificidades y obedecen a criterios y a finalidades que las hacen notoriamente diferentes, más aún cuando éstos últimos no pierden su condición de particulares por la circunstancia de que desarrollan aquél tipo de funciones.

6.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 19562 DE 2005 M. P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS

En esta providencia, la corte suprema de justicia analizo por primera vez la posible asimilación de un particular a servidor público, para efectos de responsabilidad penal. Para esta oportunidad, el pronunciamiento versó sobre el caso de un particular contratado por el Instituto Colombiano de Adecuación de Tierras (INAT), con el fin de suministrar e instalar material requerido para el funcionamiento de algunas bombas de riego, y que se apropió indebidamente del 50% del anticipo entregado por la entidad contratante. De entrada, es dable resaltar que para la sala no hay duda que existe responsabilidad penal, en cuanto a la apropiación del anticipo respecto de la contratación estatal; sin embargo, en esta decisión la corte pondera la aplicación de ciertas conductas punibles, desde el análisis de la calidad del contratista.

Considera que es ineludible el hecho de que un particular ostente la calidad de Servidor Público, fundado en el artículo 123 superior y avalado por la sentencia fundacional; partiendo de aquellos casos en que por medio del contrato se le designe al contratista funciones públicas:

El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123- 3 y 210-2 de la C.P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos.

De lo anterior, y después de hacer un profundo examen a la sentencia fundacional⁴⁴, esta providencia concluye de manera tajante que es permitida la cualificación jurídica de un contratista, respecto de delitos contra la administración pública, siempre que no ejerza funciones materiales.

En síntesis, aquellos contratistas que tengan como finalidad contractual actividades meramente materiales, este pronunciamiento pregonará que no es posible la adquisición de la condición de servidor público, miremos:

“En el fallo en mención, se agrega que, según el artículo 56 de la ley 80 de 1993 y las normas que lo subrogaron, la capacidad jurídica del particular se amplía para dar lugar a la cualificación jurídica exigida por el tipo penal, siempre que su labor no sea estrictamente material.”

Ahora bien, frente al caso que sondeó la sala en esta decisión, ultimó que por tratarse de un contrato de obra el contratista no podrá ser asimilado a servidor público, pues la labor material se agota con la simple ejecución de dicha obra y en su defecto, la entidad contratante convirtió al particular en un instrumento para lograr su objeto social:

La labor que debía ejecutar (...), era estrictamente de carácter material, vinculada con la mano de obra, el suministro e instalación de celdas para el control, manejo y protección de las bombas, tarea que fue asignada por el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT) mediante resolución 104 del 24 de julio de 1998 (fl.50 y ss.).

Se colige de lo anterior, que dicho acto administrativo no convirtió al contratista en delegatario de las funciones del INAT, sino en un instrumento para que la entidad, a través de la actividad contratada, cumpliera el objeto social que le correspondía.

Seguidamente, la corte trata dogmática y jurisprudencialmente el anticipo, como figura jurídica de la contratación estatal, argumentando que dichas sumas de dinero le pertenecen a la entidad contratante, lo que convierte al contratista en un tenedor legítimo de los mismos:

“(...) Desde luego, un dinero que se entrega como anticipo con tantas condiciones, no convierte al contratista ni en dueño o condueño, sino en un mero tenedor del mismo.”

Luego entonces, la apropiación de estas sumas de dinero admite concluir grosso modo que incurrirá en una conducta punible que atenta contra la administración de justicia, específicamente el peculado por apropiación; no obstante, la tesis planteada por la sala en el referenciado fallo, da como resultado de dicha

⁴⁴ Corte Constitucional, C- 563 de 1998

apropiación la configuración del delito de Abuso de confianza, soportado en que el contratista no perderá su condición de particular:

El peculado por apropiación en la modalidad de extensión a que se viene haciendo referencia perdió su autonomía con el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), pues, de un delito contra la administración pública pasó a ser uno contra el patrimonio económico, en la modalidad de abuso de confianza calificado -artículo 250-, o abuso de confianza agravado -artículo 267-, cuando se comete sobre bienes del Estado, pero en éste último caso, si la acción recae sobre bienes cuyo titular es el Estado, el abuso no puede ser calificado y agravado al mismo tiempo, pues se vulneraría el principio del non bis in ídem.

En síntesis, es notorio que para esta sentencia resulta improcedente ampliar la capacidad jurídica de un particular y extenderla a Servidor público, cuando se trata de un contrato de obra, labor que se agotaba con la simple ejecución material, y que no transfiere funciones propias de la administración al contratista.

6.4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 24883 DE 2006 M. P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

En tal decisión, la sala continua con su teoría acerca del tema, partiendo como génesis interpretacional la sentencia hito o fundacional que esta línea jurisprudencial trata, y el artículo 56 de la ley 80 de 1993. En ella juzga el caso de un particular contratado por un alcalde, para la realización de labores de ampliación del acueducto municipal.

Al entrar a analizar la calidad de un particular en contratos estatales, la sala en esta decisión ratifica lo planteado por el pronunciamiento del año inmediatamente anterior. En tal aspecto, arguye que es necesario corroborar si en la ejecución de un contrato estatal, al contratista se le asigna el ejercicio de una función pública, para que sea permitido su asimilación, señalando:

“Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.”

Dicho de otro modo, la corte quiso exponer que para la asimilación de un contratista a servidor público, en aspectos penales, es ineludible que en el contrato mismo haya una transferencia de funciones públicas que le sean inherente a la entidad. Ello no obsta, de que en casos como los enunciados por la sentencia fundacional, el particular pueda adquirir tal calidad.

En epítome, cuando a un particular mediante el contrato estatal se le transfieren funciones públicas, es adecuada la asimilación para efectos penales, pero si su labor se ajusta a labores materiales, el contratista no perderá su característica de particular:

“En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.”

De las líneas transcritas, permite establecer que esta decisión continua con la directriz de no asimilar un contratista a servidor público, cuando en su contrato la labor de sujeta a labores materiales que se agotan con su cumplimiento.

6.5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 22683 DE 2007 M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

En ella, la corte estudia la responsabilidad penal de un particular, quien es contratado por el Ministerio de Transporte para la construcción de un muelle fluvial, y quien en el desarrollo de la ejecución del contrato, se apropió del 30% de las sumas de dinero entregadas por concepto de anticipo. En esta oportunidad, la máxima corporación de justicia ordinaria en penal, refuta de manera categórica lo planteado por la sentencia fundacional, y las demás emanadas por la misma sala, con relación a la asimilación de un particular a servidor público en labores que versan actividades materiales.

Al abordar textualmente la sentencia fundacional y las demás antes acotadas, la sala en este pronunciamiento insta a los operadores de justicia para que no se generalice, al afirmar que cuando un contratista realiza funciones materiales, no es dable asimilarlo a funcionario estatal, pronunciando:

Por manera que en cada caso se deberá analizar la naturaleza de la función asignada, para que siempre que sea pública se predique la responsabilidad penal del contratista como si fuera servidor estatal, mayor análisis que se debe exigir también cuando se trata del contrato

de obra pública, pues no es dable generalizar y hacer tabla rasa en el sentido de que por ser una labor netamente material no se le transfieren funciones públicas al particular, porque también será necesario estudiar el órgano o entidad contratante a fin de precisar si como en este caso, dentro de sus funciones tiene la ejecución de la obra pública.

En otras palabras, esta sentencia toma una postura diferente y contraria a las antes analizadas, quien ha prolijado es viable asimilar un particular a servidor público, cuando el contrato verse sobre actividades netamente materiales, sin embargo, es menester, según la sala, que concurren unos presupuestos mínimos para que se genere tal asimilación, los cuales serán: **i)** que dentro de las labores inherentes a la entidad contratante, se encuentre la realización de dicha actividad material, y **ii)** que en el contrato, se estipule que una las funciones del particulares sea la ejecución de la mencionada actividad material.

Al plantear de esta manera su tesis, le permitió a la corte en tal pronunciamiento asimilar aquel contratista que se apropió de dineros por concepto de anticipo, y así endilgarle la responsabilidad penal por la conducta punible de peculado por apropiación. Pues como se acoto anteriormente, aquel contratista que se apropie o le dé un manejo inadecuado a los dineros dados por la administración, en virtud de anticipo, el particular se convertirá en servidor público, si y solo si la labor material a ejecutar sea inherente al órgano contratante, según este fallo, veamos:

(...) Era claro que en este caso le fue atribuida al contratista una función pública inherente al Ministerio de Transporte, como órgano encargado de la infraestructura vial, que no es cosa distinta a la construcción y mantenimiento de las redes de transporte entre las que se encuentra las redes fluviales precisamente en relación con la construcción del muelle en el río Meta que fuera contratado. Por lo expuesto, para la Sala resulta diáfano que al apropiarse el enjuiciado en provecho suyo de la suma entregada como adición del anticipo del contrato celebrado con el Ministerio de Transporte (...), lo hace autor responsable del delito de peculado por apropiación.

6.5.1 Salvamento de voto. En el pronunciamiento antes descrito, generó que uno de los integrantes de la sala se apartara de la decisión y la tesis planteada por la corte en tal aspecto, pues consideró el magistrado que la sala desconoce lo dispuesto por la sentencia emitida en el año 2006⁴⁵, en la que divulga la calidad que ostenta un contratos frente a los contratos de obra pública.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 24883 del 23 de febrero de 2006 M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

En esta aclaración del voto, el magistrado sostiene que en virtud a la sentencia fundacional y la del año 2006, el contratista se convierte en un colaborador o instrumento de la administración, cuando se le encomienda una labor material mediante el contrato de obra pública, y que resulta improcedente asimilarlo dado a que con la ejecución del mismo, no se le transfiere funciones públicas.

6.6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 21926 DE 2008 M. P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Recopila de una manera breve y sucinta la relación establecida entre el contratista y la entidad estatal, amén del artículo 56 de la ley 80. Así mismo, hace un breve análisis de la sentencia fundacional de la cual sirve como punto de partida para los posteriores pronunciamientos. De este modo, cita la sentencia del año 2007⁴⁶, la cual emite una tesis contraria acerca de la asimilación de un particular a funcionario público, consistente en que se tendrá que ajustar a condiciones o presupuestos específicos.

Pues bien, con todo lo anterior, esta decisión se acoge a la noción planteada tanto por la sentencia fundacional, como las sentencias de los años 2005⁴⁷ y 2006⁴⁸ respectivamente, definiendo que es ineludible assimilar un particular a servidor estatal, cuando se trate de contratos cuya labor generen actividades materiales, argumentando:

Bajo dichas premisas y como quiera que en este asunto los hechos evidencian que el contrato tuvo por objeto que el contratista hiciera una serie de presentaciones de una obra teatral, es forzoso colegir que en cuanto dicho propósito corresponde a la ejecución de un acto material, no hubo delegación o transferencia de una función pública y por ende el contratista en tanto entidad y los miembros de su junta carecen de la condición de servidores públicos y por consiguiente continúan siendo para efectos penales particulares.

6.7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 23228 DE 2008 M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

En esta oportunidad, la sala examina la responsabilidad penal de un particular, quien omitió la realización de una labor material exigida por el órgano contratante,

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 22683 del 09 de mayo de 2007 M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 19562 del 27 de abril de 2005 M. P. Herman Galán Castellanos.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 24883 del 23 de febrero de 2006 M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

para la ejecución de un contrato. Precisa de igual manera, las diferentes posturas que ha tomado la sala de casación penal frente a la asimilación de un contratista a funcionario estatal para efectos penales.

Precisa de una manera diáfana, que su postura será flexible acogiendo al pronunciamiento emitido por esta sala en el año 2007⁴⁹, señalando:

(...) la Sala no encuentra de manera diáfana e indiscutible que, debido al contrato de prestación de servicios técnicos que (...) suscribió con (...), a éste se le haya transferido la función, propia de las finalidades liquidadoras de la entidad (...) (...) simplemente, el procesado prestaba servicios técnicos de asesoría, investigación, apoyo e información acerca de las actividades desarrolladas por la Entidad, sin que de ello se pueda predicar que, específicamente, se le habían asignado alguna de las funciones (...) que adelantaba la entidad para el cumplimiento de sus fines. Por consiguiente, resulta imposible afirmar en este caso que el contratista (...) ejercía una función pública, ni tampoco que por tal razón debería hacerse extensiva responsabilidad penal como si se tratase de un servidor público.

Así entonces, este pronunciamiento avizora una compatibilidad con respecto a la teoría emanada por la sala penal en sentencia del año 2007, discutiendo que en contratos cuya función sea una actividad material, es indispensable que concurren dos requisitos para poder cualificar un particular como servidor público, los cuales son: a) determinar que en la naturaleza de la entidad contratante, se vislumbre la realización de dicha labor material, y b) que en el contrato que se suscribe, se le asigne al particular la referida actividad material. Solo en aquellos casos, es permitido, según esta decisión, la asimilación para efectos de enrostrar una responsabilidad penal.

6.8 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 27477 DE 2008 M. P. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

Estudia normativamente la calidad de contratista, dispuesto en el artículo 20 del estatuto punitivo, así mismo, trae a colación la sentencia fundacional y la línea trazada por la sala respecto de la consideración como servidor público de un contratista.

En consecuencia, concluye la sala en este pronunciamiento que si bien la corte ha trazado un cúmulo de decisión con respecto al tema, es imperioso advertir las

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 22683 del 09 de mayo de 2007 M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

condiciones dictadas por la sentencia del año 2007, con referencia a la calidad que ostenta un particular en contratos cuya labor es material, veamos:

Como puede nítidamente constatarse, la actividades que el procesado debía cumplir en virtud del contrato suscrito (...), correspondían a las funciones que de ordinario desarrolla la entidad para el cumplimiento de los fines de prestación del servicio (...) que realiza como empresa del Estado, y que no podía adelantar cabalmente por falta de personal, siendo claro, en consecuencia, que las funciones que le fueron asignadas participaban de la misma naturaleza, y que para todos los efectos penales debe ser considerado, por tanto, servidor público, conforme a lo previsto en el artículo 56 de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, se permite divisar diáfamanamente que la postura de la sala en esta decisión, corresponde a la flexible en consonancia con los pronunciamientos de esta colegiatura de los años 2007 y 2008 antes citadas, en la medida en que permite la asimilación a funcionario público, de aquellos particulares que contraten con el estado y cuya labor sea la realización de actividades puramente materiales, concurriendo con los requisitos o presupuestos planteados en las sentencias antes referenciadas.

6.9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 28586 DE 2009 M. P. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

Precisa con exactitud que el artículo 20 del código penal, es concordante con el artículo 56 de la ley 80 de 1993, con relación a la asimilación de los particulares, en lo que respecta a la responsabilidad penal; sin embargo, a pesar de que trae a colación la sentencia fundacional (Sentencia C-563 de 1998), su postura se versa flexible, en referencia a la asimilación de un contratista a servidor público, cuando se trata de actividades materiales en su objeto contractual, señalando:

“Sin embargo de la vigencia del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos posteriores, ha condicionado la asimilación de particulares contratistas a la categoría de servidores públicos, siempre que en virtud del objeto del contrato se les traslade una función que por su naturaleza sería exclusiva y excluyente del servidor público.”

En síntesis, esta decisión se asemeja a la noción planteada por la sentencia del años 2007, respecto de las condiciones necesarias para la asimilación de los intervinientes en el contrato estatal, a la condición calificada de servidores públicos, concluyendo de manera indiscutible, que los requisitos o los presupuestos exigidos en cuyo caso la relación contractual se trate de la ejecución

de labores materiales, serán los mismos divulgados por las sentencias de 2008⁵⁰, que serán, a). Que la labor material sea exclusiva por naturaleza al órgano contratante, y b) que mediante el contrato se le asigne al particular dicha función material.

Así entonces, para esta ocasión la sala de igual forma, introduce una excepción a la regla general planteada por la sentencia fundacional, para que un particular se le pueda endilgar responsabilidad penal, modificando su cualificación a servidor público, así contrate con la administración para labores llanamente materiales.

6.10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 31986 DE 2010 M. P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

En este pronunciamiento, la sala ventila el caso de un particular contratado por la gobernación de un departamento, con la finalidad de realizar trabajos de construcción y pavimentación de una carretera, y que en desarrollo de su contrato, el particular se apropió del 50% del anticipo entregado por la entidad. Como se evidencia, en esta oportunidad la sala examina la posibilidad de que un contratista pueda responder penalmente como servidor público, en aquellos contratos donde únicamente realice labores materiales.

En el desarrollo de su consideración, la corte en esta providencia recopila las tesis emanadas por la sentencia fundacional, y los demás fallos emitidos por esta sala de casación al respecto, puntualmente los del año 2005 y 2006.

(...)a partir de la doctrina constitucional establecida en la sentencia C-563 de 1998, expresó en la sentencia de casación antes aludida que aun cuando el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal condición solamente se adquiere cuando con motivo del vínculo contractual el particular asume funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esa naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede si la actividad se circunscribe a una labor simplemente material. El anterior criterio jurisprudencial fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de casación del 13 de julio de 2005 y del 13 de marzo de 2006.

En efecto, la corte en esta ocasión acoge la postura restringida que traza las sentencias antes citadas, en el entendido en que impide de manera incisiva asimilar un contratista a servidor público, en aquellos contratos en que se ciñan a

⁵⁰ Rads: 23228 y 27477

actividades materiales, verbigracia los de obra pública. Con relación a lo anterior la sala afirma:

“Y al efecto la jurisprudencia expresa como ejemplo de labor simplemente material el contrato de obra pública, porque en ese caso la tarea se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal, convirtiéndose el contratista en un colaborador o instrumento de la administración para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.”

En conclusión, la corte en tal fallo emite su decisión acogiendo a la postura restringida que adoptan algunos fallos, absolviendo de pleno toda responsabilidad penal del contratista que se investigó en el caso estudiado, pues según esta colegiatura, la suscripción de un contrato de obra no implica una transferencia de funciones públicas, pues en tal circunstancia el particular *-contratista-* se convierte en un colaborador y no un delegatario de la administración:

“(...). Es decir, se trató de un típico contrato de obra pública, lo cual le implicaba la ejecución de una labor estrictamente material, que no le asignaba la condición de servidor público por no asumir la realización de funciones públicas.”

6.11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA 31986 DE 2010 M. P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Analiza la responsabilidad de un particular, quien es contratado por un alcalde de un municipio, para la construcción de una pista de bicigrós y parque recreacional en tal municipalidad. Este fallo ha sido tajante en cuanto a su postura respecto de los contratistas en los contratos de actividades materiales, pues sujetándose a sentencias como la fundacional y la de los años 2005 y 2006, refiere que la calidad de servidor público de un contratista se extiende en la medida en que este adquiera mediante vínculo contractual funciones públicas, y no cuando el objeto sea ceñirse a ejecutar obras materiales.

Ahora bien, en tal aspecto esta decisión se apoya en el fallo emitido en el año 2010⁵¹, concluyendo que la doctrina jurisprudencial no asimila un particular a Servidor Público en labores materiales, tales como la construcción o pavimentación de vías, esto debido a que en esas relaciones contractuales, no se

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 31986 del 24 de agosto de 2010 M. P. María del Rosario González De Lemos.

vislumbra que la entidad pública le transfiera funciones de su naturaleza al particular, argumentado que:

En la providencia precitada la Sala destacó cómo la doctrina constitucional catalogó el contrato de obra pública como una de las labores de ejecución simplemente material, en cuanto en ese caso la tarea se reduce a construir o reparar la obra que requiere el ente estatal, convirtiéndose el contratista en un colaborador o instrumento de la administración para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones. Por esta circunstancia se concluyó que la labor de construcción y pavimentación de la carretera no implicó la asignación de funciones públicas al contratista.

A renglón seguido, este fallo hace alusión a la sentencia del año 2007⁵², que refuta la tesis que plantea, afirmando que si bien es cierto para aquella oportunidad la sala cambio su postura, lo hizo de manera equivocada y desacertada, pues desconoció el estudio constitucional que la corte realizo al Artículo 56 de la ley 80 en la sentencia fundacional, miremos:

“(...) en la sentencia del 9 de mayo de 2007 esta Corporación sostuvo la tesis según la cual no en todos los casos de contratación de una obra pública no se transfieren funciones públicas al particular, sino que es necesario “estudiar el órgano o entidad contratante a fin de precisar si como en este caso, dentro de sus funciones tiene la ejecución de la obra pública”, punto de vista que permitió en ese caso determinar que la construcción de un muelle contratada por el Ministerio de Transporte implicó la delegación de una función pública, por cuya razón el contratista adquirió por esa vía la condición de servidor público. Sin embargo, reexaminado el tema la Sala arriba a la conclusión de que la salvedad efectuada en la decisión precitada no se aviene a la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-563 de 1998, en cuanto allí se consideró que toda obra pública implica la realización de una labor netamente material, que no transfiere al particular la asunción de funciones públicas.”

De modo que, esta decisión se aparta radicalmente de aquella noción de la sala penal, en la que permitía asimilar un particular a funcionario público, cuando el contrato implica la realización de una labor netamente material, como quiera que no se distingue a ciencia cierta la asignación de una función pública, sintetizando que:

⁵² Rad: 22683

De modo, pues, que la consideración de si la obra está relacionada con las funciones a cargo del ente estatal no es lo que define si el particular adquiere o no la condición de servidor público, sino si en realidad el contratista asume la realización directa de la actividad o prestación requerida para el cumplimiento de los fines del Estado.

Si no fuere así, entonces la construcción o reparación de un hospital, de una escuela o, incluso, de un acueducto implicaría de suyo la transferencia de funciones públicas al particular a cargo de esas obras, sólo porque los servicios públicos de salud, educación y domiciliarios están a cargo del Estado.

6.12 SÍNTESIS

Así las cosas, aunque la posición mayoritaria ha sido claramente definida en esta línea jurisprudencial, acerca de la postura restringida planteada en la medida de impedir asimilar un particular a servidor público, en ejecuciones contractuales que ameriten únicamente actividades materiales, la misma es refutada por fallos emitidos de la misma sala, planteado una postura flexible permitiendo tal asimilación.

De cierta manera, es dable advertir una antinomia jurídica acerca de esta noción planteada, pues es diáfano que la sola lectura insular del artículo 20 del código penal, no deslucida una postura clara al resolver el problema de investigación, máxime si acudiendo a una de las fuentes de interpretación jurídica, como la jurisprudencia, esta no logra discernir dicho interrogante, creando dos posturas distintas, permitiéndole al operador de justicia acogerse a cualesquiera de ellas.

7. CRITERIOS DERIVADOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FRENTE A LA ASMILACION DE UN PARTICULAR A SERVIDOR PARA EFECTOS PENALES, EN LAS MODALIDADES DE CONTRATO ESTATAL QUE TRATA EL ARTICULO 32 DE LA LEY 80 DE 1993.

En este capítulo, se abordará detalladamente los criterios tenidos en cuenta por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, frente a la posibilidad de endilgar alguna responsabilidad penal a un particular que actúa como tal en los contratos estatales, asimilándose a servidores públicos; sin embargo en primera medida es ineludible abordar algunos aspectos a tener en cuenta, para tratar de compeler la relación entre el derecho penal y la contratación estatal. Las diversas modalidades de contratación estatal que imperan en el ordenamiento jurídico colombiano, han hecho que su normatividad se ajuste a una realidad y contexto específica relacionado con las normas penales, dado a un crecimiento elevado de la criminalidad en delitos que atentan la administración pública, o que van inmerso esta figura jurídica.

De esta manera, es preciso señalar, como lo establece FORERO RAMIREZ y OSPINA PERDOMO⁵³, que la protección por vía penal de los contratos estatales responde a la necesidad evidenciada en la evolución histórica, entendiendo estos como un bien jurídico susceptible de amparo a través de la última ratio. En definitiva, el derecho penal se permea intensamente frente al derecho administrativo, entendido como la función pública, pues los altos índices de criminalidad al interior de las actividades contractuales entre Estado y particular, dan como consecuencia una preponderancia a la aplicación de este; en tal sentido, los autores en cita refieren:

“El derecho penal adquiere un mayor protagonismo en un momento histórico como el que está atravesando nuestro país en donde impera la corrupción con una apoderamiento de los estamentos del Estado y la generalización en la actividad de contratación estatal con importantes perjuicios patrimoniales y sociales ante la ausencia de cumplimiento de los fines estatales y la prestación ineficiente e inadecuada de los servicios que está llamado a suministrar”⁵⁴

Ahora bien, definida el valor jurídico que desprende el correlacionar dos disciplinas del derecho (derecho penal y derecho administrativo), se exaltarán algunos aspectos generales que conlleva el contrato estatal como instrumento jurídico, susceptible de regulación administrativo y protección penal.

⁵³ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos y OSPINA PERDOMO, Juanita María. *Aspectos penales de la contratación estatal*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibáñez. 2017. 648 ps.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 127.

Según el profesor FANDIÑO GALLO⁵⁵, el contrato estatal surge como un instrumento al servicio de los particulares, que evolucionó partiendo de criterios complejos, convirtiéndose en una forma de colaboración para la obtención de los fines del estado.

Así entonces, es claro que la administración se manifiesta de distintas formas con una única finalidad, que es la del cumplimiento de los fines estatales, encaminado a satisfacer necesidades de carácter general; sin embargo, como lo resalta el autor, no se sujeta a actos meramente unilaterales, sino que podrá remitirse a la celebración de distintos negocios jurídicos regulados para tal elemento teleológico:

“La administración en aras de satisfacer el interés general actúa no solo a través de actos unilaterales, de carácter normativo o no, sino también mediante acuerdos, pactos, convenios o contratos, es decir, mediante el concierto de voluntades, lo cual significa que la Administración al igual que los particulares pueden celebrar contratos”⁵⁶

Con todo lo anterior, que para efectos penales el contrato estatal se convierte en un demarcado bien jurídico de especial protección. Para FORERO RAMIREZ y OSPINA PERDOMO⁵⁷ el contrato estatal emerge como una categoría independiente con su propia regulación y características, que enmarca unas garantías de interés general en el marco de un estado social de derecho, siendo sujeto de protección penal elevado a categoría de bien jurídico. En síntesis, los autores demarcan la importancia de este instrumento jurídico así:

(...) la importancia que tiene el contrato estatal en la sociedad como principal mecanismo del Estado para la satisfacción de bienes y servicios (incidencia en la sociedad), como medio para el cumplimiento de los fines estatales en el marco del ejercicio de la función pública, el alto componente de gasto envuelto en la actividad de contratación, los efectos de intervención en la economía erigiéndose el Estado como uno de los principales actores en el mercado, la relevancia frente a la protección de la industria nacional y la promoción de la micro, pequeña y mediana empresa, entre otros aspectos que perfilan al “contrato estatal” como una institución de especial trascendencia en la sociedad y que merece la más elevada protección.⁵⁸

Es por todo lo esbozado anteriormente, resulta indispensable la figura del contrato estatal como bien jurídicamente protegible en el derecho penal, para efectos de acentuar una responsabilidad de dicha índole a una persona que actúa en las diferentes modalidades de contratista.

⁵⁵ FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer. La contratación estatal. Bogotá D.C: Editorial Leyer. 2014. 498 ps.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁷ FORERO RAMIREZ y OSPINA PERDOMO. *Óp. Cit.*, p. 126.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 128.

Para tal punto, a continuación se discriminaran los contratos normativamente regulados frente a los criterios que se analizaron en el segundo capítulo, formando así una lista de verificación que nos permitirá aseverar de manera diáfana, si la intervención de los particulares en dichas tipologías contractuales, generan una asimilación a servidor público para efectos de responsabilidad penal.

De esta forma, se analizará en forma general los contratos típicos del derecho administrativo, enunciados en la Ley 80 de 1993 (Estatuto de la contratación estatal). Para fines metodológicos, se clasificaran según el criterio pregonado por vía jurisprudencial, con relación a la asimilación de un particular a servidor público, es decir, en aquellos contratos cuya labor del contratista se ciñe a actividades netamente materiales y a aquellos contratos en los que se les trasfiere obligaciones a los contratistas para ejercer actividades de interés general.

7.1 CONTRATOS CUYA LABOR ESTA SUJETA A QUE EL CONTRATISTA DESPLIGUE ACTIVIDADES NETAMENTE MATERIALES

En tal acápite, se trazarán características generales en aquellos contratos que, por su ejecución, exigen al contratista realizar una labor puramente material y que no desprenderá una transferencia de funciones por parte de la entidad estatal, miremos:

7.1.1 Contrato de consultoría⁵⁹. Esta tipología contractual, regulada por el Estatuto de la Contratación⁶⁰, señala a groso modo que la consultoría son aquellos estudios necesarios para la ejecución de un contrato o un proyecto específico; sin embargo, de una lectura insular al numeral 2 del artículo 32 de dicho estatuto, se advierte que este contrato estatal podrá estudiarse desde dos perspectivas, una referente a la asesoría o consulta, y la otra a lo denominado como interventoría. Frente al primer evento de materialización de este contrato, comprende el desarrollo de unas actividades de estudios y asesorías técnicas, es decir el desarrollo de actividades intelectuales por parte del contratista, necesarias para la ejecución de un proyecto con desarrollo a un contrato estatal adjudicado, en

⁵⁹ El numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos de consultoría así: “*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.*”

⁶⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993. No. 41.094.

actividades tanto anteriores, como concomitantes o posteriores a la ejecución del mismo.

En tal punto, el autor FANDIÑO GALLO puntualiza:

Las actividades realizadas antes de la ejecución del contrato tienen como fin determinar, entro otros aspectos, la conveniencia o inconveniencia del contrato que se pretende celebrar; las actividades concomitantes, tiene como objeto coordinar, controlar, y supervisar los mismos; y las actividades posteriores, tienen como propósito la vigilancia, para determinar si el contratista está realizando los trabajos dentro de los términos y especificaciones del contrato.⁶¹

Por otra parte, la interventoría dentro de esta tipología contractual del estado, atañe al monitoreo o seguimiento técnico que se le hace a la ejecución de un contrato celebrado entre la administración y algún particular; es decir, aquel control y vigilancia necesarios respecto de los términos de ejecución del contrato. Finalmente, para el tratadista FANDIÑO GALLO la finalidad que cumple el contrato bajo examen, lo define así:

“En caso de que la entidad estatal adjudique un contrato de obra como producto de una licitación pública está obligada a celebrar el contrato e interventoría con una persona diferente de la entidad oficial y del contratista y tendrá como finalidad. Verificar si el contratista está realizando el objeto del contrato dentro de los términos y especificaciones señalados en el contrato; Dar testimonio del cumplimiento del contrato de acuerdo a lo establecido en los pliegos de condiciones; Solucionar dudas y problemas técnicos de la obra en la medida en que van apareciendo; Dar al contratista en nombre de la entidad contratante las directrices necesarias acerca del desarrollo de las obras, de recibirlas, de certificar su correcta ejecución, etc.; Representar a la entidad contratante en ciertas decisiones relativas al objeto del contrato; Solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución del contrato”⁶²

Ahora bien, esta tipología contractual se enmarca dentro de este criterio para efectos de asimilación a servidor público, debido a que, si bien la consultoría tiene como objeto el desarrollo de actividades de carácter intelectual, estas labores se ciñen única y exclusivamente a funciones conceptuales aplicables en los diversos campos de la administración, esto quiere significar que para efectos penales, el contratista tiene con la administración una relación material y no jurídica que le impide ejercer funciones propias del estado, razón por la que encaja en este

⁶¹ FANDIÑO GALLO. Óp. Cit., p. 315.

⁶² *Ibíd.*, p. 315.

criterio de asimilación penal, por limitar su función a la mera corroboración de la ejecución misma de un contrato estatal.

El contratista tendrá en tal tipología dicha calidad para efectos de responsabilidad penal, pues si bien realiza una labor material de carácter intelectual, la cual es la inspección jurídica de la ejecución de un contrato, se anula su asimilación a servidor público por esa específica particularidad que conlleva el interventor de ser un tercero entre la administración y el particular que ejecuta un contrato, el cual no podrá realizar labores propias de servidor público a la vista de la norma penal.

7.1.2 Contrato de obra⁶³. Esta modalidad de contrato estatal es quizá el instrumento más utilizado por la administración, en aras de pretender una construcción material sobre bienes inmuebles para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos.

Su importancia en el mundo jurídico, es soportada por lo expresado por autor FANDIÑO GALLO⁶⁴, al elevar este tipo de contrato como el más importante que celebra la administración, debido a establecer la representación material de los propósitos de los gobernantes y de las organizaciones que dirige.

La jurisprudencia, por su parte, ha tratado en sinnúmeros de decisiones la finalidad de este tipo de contrato, en primer término, la Corte Constitucional frente al contrato de obra argumentó que:

*“(...) en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor, que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios.”*⁶⁵

A su vez, la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia trató acerca del elemento teleológico del contrato de obra, afirmando que:

“(...) tiene como finalidad la construcción, el mantenimiento, la instalación y la realización de cualquier trabajo material a cambio de una suma de dinero fija que se cancela una vez se reciba a satisfacción la

⁶³ El numeral 1° del Art. 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de obra como: “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

⁶⁴ *Ibid.*, p. 316.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- Sentencia C-563 del 07 de octubre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz

*obra, suma que incluye el valor de la mano de obra, materiales, utilización de maquinaria, etc.*⁶⁶

Así entonces, esta modalidad contractual ha tenido tratamiento jurisprudencial en cuanto a su aplicación en el campo penal, sin embargo, conforme al numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se advierten características esenciales, pues para su configuración, según el autor precitado se requieren de tres actividades específicas: *“Construcción, montaje e instalación y, en general, como es la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles.”*⁶⁷ Por otro lado, cabe ahondar uno de los elementos esenciales de este contrato, como lo es el *anticipo*; figura que va inmersa dentro de esta modalidad contractual, que de igual forma ha sido objeto de debates jurisprudenciales para su conceptualización, al respecto el fallo emitido en el año 2005 por la sala de casación penal, lo desarrolla así:

Podría entenderse, de otra parte, que el anticipo vincula a las partes del contrato, constituyéndose como objeto proindiviso entre ellos, por lo cual, el apoderamiento indebido por uno de ellos, constituiría un hurto entre condueños, dado el hipotético carácter de cosa común de tales dineros. (...) entiende que el anticipo es entregado al contratista con la finalidad específicamente señalada en el contrato correspondiente, sin que le sea permitida una destinación diferente. Son tan reales las limitaciones que el contratista tiene sobre el manejo del anticipo, que es jurídicamente imposible que lo maneje como si fuera su señor y dueño.

*Por el contrario, debe emplear una cuenta corriente especial para su manejo, que permita su auditoria. Ha de constituir una póliza que garantice, no solo la seriedad de su propuestas sino también su correcto manejo, inclusive, es factible pactar que se entregue de manera fraccionada de tal manera que, sólo con la legalización de cuentas sobre el empleo de las primeras cuotas es permitido liberar las siguientes, que integren el valor total del anticipo, todo ello bajo cláusulas de caducidad que conducen a cancelar administrativamente el contrato, permitiéndose la efectividad de las garantías prestadas, si no se da buena cuenta sobre su manejo o se deja de gestionar su pago dentro de los términos estipulados. Desde luego, un dinero que se entrega como anticipo con tantas condiciones, no convierte al contratista ni en dueño o condueño, sino en un mero tenedor del mismo.*⁶⁸

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 19562 del 27 de abril de 2005 M. P. Herman Galán Castellanos.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 316.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 19562. Óp. Cit., ps. 16 y 17.

En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, señalando que: *“las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”*.⁶⁹

En consecuencia, el anticipo debe entenderse como aquel elemento económico perteneciente a la entidad pública contratante, por consiguiente, el apoderamiento de dichas sumas de dinero implicaría la apropiación de dineros públicos. Con esta salvedad, grosso modo podría advertir que en tales circunstancias, el contratista incurre en el punible de peculado por apropiación, sin embargo, las tesis planteadas por una parte de los fallos emanados por la sala de casación penal de la corte suprema de justicia, han arrojado que en dicha situación el contratista no adquiere la calidad de servidor público, por lo que la conducta punible a endilgar será la de abuso de confianza, agregando el calificante por ser dineros del estado.

Esta discusión al interior de esta sala ha sido de antaño, sin embargo nace un criterio que tiene en cuenta no su calidad de contratista, si no que la labor encomendada de obra se ajuste a una función inherente de la entidad contratante.

En tal aspecto, al encontrarnos con esta tipología contractual, es dable advertir que ni la ley en su sentido abstracto, ni la propia jurisprudencia como fuente de interpretación jurídica han decantado de manera unificada el criterio de asimilación de un particular a funcionario público. Empero, en cuanto al criterio de actividad material, es diáfano que la ejecución de este tipo de contratos se ajusta a una labor netamente material, pues basta con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas; es por lo anterior, que la asimilación del contratista a servidor público en estos contratos se ajustará a los criterios que en el capítulo anterior se trató.

7.2 CONTRATOS CUYO OBJETO IMPLICA POR PARTE DE LA ADMINISTRACION LA TRANSFERENCIA DE FUNCIONES PUBLICAS AL CONTRATISTA

7.2.1 Contrato de concesión⁷⁰. Esta modalidad de contrato estatal esta tratado por el ordinal 4° del artículo 32 del estatuto de la contratación, sin embargo, el

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - sección tercera, Sentencia 13.436 del 22 de junio de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁷⁰ La ley 80 de 1993 en su numeral 4 define a los contratos de concesión así: *“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la*

autor FANDIÑO GALLO⁷¹ considera que para efectos de realizar un adecuado análisis a esta tipología, es menester *a priori* destacar etimológicamente la palabra concesión que proviene del latín *concessio*, lo cual significa conceder.

De cierto modo, es así como la ley 80 de 1993 define esta modalidad contractual, de la cual se advierte que la concesión podrá ser de tres formas: a) Concesión de explotación de un bien del estado; b) Concesión de servicios públicos; y c) Concesión de obra pública. La primera modalidad refiere a esa posibilidad entregada al concesionario de que explote económicamente el bien objeto de contrato a cambio de una contraprestación del estado. Ahora, frente a qué clase de bienes está destinado dicho usufructo o conservación, podrá ser aquellos bienes de uso público regulados por el Código civil colombiano⁷² en su artículo 674⁷³, concurriendo paralelamente con el elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o servicio público. Y la otra clase de bienes son aquellos denominados fiscales, que perteneciendo a la nación su uso no recae generalmente a los habitantes.

En lo que atañe a la segunda modalidad de concesión, esto es la de servicios públicos, el Estado le otorgará al contratista el desarrollo de una de las siguientes actividades: prestación, operación, organización o destino total o parcial de un servicio público. PARADA RAMON, define el objeto de esta modalidad de contrato de concesión de la siguiente manera:

“En esta clase de concesión el objeto del contrato es el otorgamiento de derechos para ejercer una actividad de interés general, (frecuentemente en manos del estado) cuyo contenido económico la haga susceptible de explotación por empresarios particulares y que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”⁷⁴

De otro lado, el máximo órgano constitucional señala que esta modalidad de concesión busca primordialmente la organización y prestación de un servicio público, satisfaciendo necesidades de interés general, argumentado que:

(...) la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una

participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

⁷¹ Ibid., p. 319.

⁷² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 84 (26, mayo, 1873). *Por la cual se expide el Código Civil de la Republica de Colombiano*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1873. No. 2.867.

⁷³ El citado precepto señala: “ARTICULO 674. BIENES PUBLICOS Y DE USO PÚBLICO. *Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.*

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.”

⁷⁴ PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. tomo 1. Madrid: Marcial Pons. 2004. p. 340.

*necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.*⁷⁵

Por último, los contratos de concesión de obra pública han sido objeto de numerosas interpretaciones en la doctrina jurídica. El autor FANDIÑO GALLO lo define así:

*En general en estos contratos, la Administración pública concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción o explotación, o solamente la explotación, de obras públicas o en, general de aquellas que, siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario derecho a percibir una retribución consistente en la explotación del bien construido, el cual puede ser acompañado de un precio.*⁷⁶

Para DROMI, esta modalidad tendrá como característica que el contratista obtiene su remuneración mediante la explotación de dicha obra, veamos:

*“Esta clase de concesión es un modo de ejecución de obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándoles la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado.”*⁷⁷

Por su parte, el tratadista DAVILA VINUENZA define el objeto o finalidad que cumple este tipo de contrato de concesión, arguyendo que:

*“Como el contrato que tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas, o la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación y mantenimiento de obras públicas ya existentes, con la particularidad que la remuneración al concesionario la paga la administración otorgándole la explotación de la obra por un tiempo preestablecido, dentro del cual percibe de los usuarios o peajes autorizados”*⁷⁸

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-711 del 09 de diciembre de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁷⁶ FANDIÑO GALLO. Óp. Cit., p. 320.

⁷⁷ DROMI, José Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Astrea. 1977. p. 625.

⁷⁸ DAVILA VINUENZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 1a edición. Bogotá D.C: Ediciones Legis. 2001. p. 717

Finalmente, el Consejo de Estado pregona su definición, resaltando que su principal finalidad es la garantía del interés general como pilar fundamental de nuestro estado social de derecho, puntualizando que:

El contrato de concesión es entonces, una herramienta de gestión pública que puede ser utilizada por las entidades estatales cuando quiera que consideren que es la forma más adecuada de lograr la colaboración de particulares en el emprendimiento de grandes empresas y que este tipo de negocio jurídico es el mecanismo idóneo para garantizar la correcta prestación de un servicio público o la construcción y mantenimiento de una obra pública o la explotación de un bien de uso público, para los cuales el Estado no cuente con la inmediata disposición de los recursos necesarios para emprenderlos de manera directa y exclusiva, todo con miras a garantizar la satisfacción del interés general que va envuelto en la celebración de todo contrato estatal.⁷⁹

Así las cosas, esta tipología de contrato estatal desprende modalidades al interpretar la norma que la regula; de todo lo antes esbozado, es preciso acomodar el contrato de concesión en aquel criterio acotado por la sala de casación penal de Corte Suprema de Justicia, el cual le trasfiere obligaciones a los particulares *-contratistas-* para lograr una asimilación jurídica a servidores públicos en el campo penal, por tratarse de actividades de interés general, públicas o colectivas.

En este criterio, la asimilación resulta objetiva, es decir el juzgador no tendrá que corroborar las funciones específicas en el contrato mismo, pues la sola definición doctrinal del contrato en sentido lato, permite adecuar una cualificación jurídica – penal; pues CABANELLAS lo define así:

“es el otorgamiento administrativo, ante una oferta privada o por ofrecimiento público, que se hace a particulares o empresas, para la apropiación o aprovechamiento de bienes de dominio público, como aguas, minas y montes, para construir obras de interés público, o para explotar servicios generales o locales”⁸⁰

Paralelo a lo anterior, en el fallo de la Corte Constitucional, tomado como sentencia fundacional y analizado en el capítulo anterior, el máximo tribunal acentuó que de manera excepcional se podrá atribuir al contratista funciones públicas, verbigracia en casos en los que este adquiere el carácter de concesionario (independientemente de su modalidad) o administrador, es decir

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia 29204 del 01 de agosto de 2016. C. P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸⁰ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Tomo I. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba. 1964. p. 448

que para estas circunstancias el particular asume responsabilidades de índole penal por ser titular de funciones meramente públicas.

7.2.2 Contrato de encargos fiduciarios y fiducia pública⁸¹. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consagra en su numeral 5° del artículo 32 este tipo de contrato estatal; sin embargo, otros preceptos tales como el inciso 2° de la Ley 80 de 1993 y demás normas, señalan que los entes estatales pueden celebrar los siguientes negocios fiduciarios: i) encargos fiduciarios públicos, ii) fiducia publica y iii) fiducia mercantil.

El tratadista FANDIÑO GALLO⁸², explica cada subclase de negocio fiduciario; frente a los primeros argumenta que se trata de aquellas situaciones en las que el ente estatal entrega a las sociedades fiduciarias (contratista), en mera tenencia, recursos emanados de las diferentes contrataciones que realiza la administración, con la finalidad de administrarlos o manejarlos obteniendo consigo beneficios o ventajas de carácter financiera. En lo concerniente con la fiducia publica, puntualiza el autor que se trata de una figura novedosa acogida por la ley 80 de 1993, y que tendrá como objeto el mismo de los encargos fiduciarios públicos, con la única diferencia de que los dineros gestionados no resulten de los contratos celebrados por las entidades estatales. Y por último, traza la fiducia mercantil, que a grandes rasgos tendrá como objeto constituir patrimonio autónomo, por autorización expresa y especial de ley, sometidas a normas del derecho privado.

Pues bien, luego de hacer un estudio integral a este tipo de contrato estatal, para efectos del derecho de las penas y los criterios emanados por la jurisprudencia de la sala de casación penal, con referencia a la asimilación jurídica del particular a servidor público, estos contratos ineludiblemente son de aquellos en los que el contratista es titular de funciones estatales, por desplegar actividades de administración de recursos públicos. Es dable recalcar, que las normas de carácter penal no recaen sobre personas jurídicas, pues estas tendrán su ámbito de aplicación en personas naturales, luego entonces, aquellos contratistas o particulares que ejecuten este tipo de contratos, serán aquellos representantes legales de dichas sociedades fiduciarias a las cuales se les entregan tales recursos públicos para su tenencia y administración.

⁸¹ El numeral 5° del Art. 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de encargos fiduciarios y fiducia pública así: *“Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.*

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.”

⁸² FANDIÑO GALLO. Óp. Cit., p. 337.

En ese orden de ideas, queda zanjado que su análisis es objetivo, lo que conlleva a que la asimilación jurídica del contratista que represente a las referidas sociedades fiduciarias, ejecuta o desarrolla un cometido estatal propio del poder público, invistiendo al particular en un *-administrador-*, convirtiéndolo de esta manera a este en un funcionario público, que para fines penales responderá bajo dicha calificación especial.

7.3 EL CASO ESPECIAL DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS⁸³

En este punto, se desarrollará en separado el contrato de prestación de servicios, trazado por el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, quien dispone aspectos fundamentales a tener en cuenta para que este se configure. El literal h) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007⁸⁴, dispone tres hipótesis a saber, en referencia al contrato de prestación de servicios desarrollados así:

El primero de ellos a saber, será el contrato de prestación de servicios profesionales, para lo cual el doctrinante FANDIÑO GALLO, lo define como:

“aquel que desarrolla las personas naturales o jurídicas que ejercen empleos, facultades u oficios que exigen conocimientos especializados, reciben una retribución y cuentan con títulos de idoneidad cuando así lo exija la ley”⁸⁵

Esta subclase de contrato de prestación de prestación de servicios tendrá las siguientes características: a) nacen cuando la actividad a contratar no se pueda realizar con el personal con el que cuenta la entidad, b) cuando la entidad pública requiera de personal con conocimiento especializado, es decir de labores específicas que por lo general desarrolla la administración, c) no habrá actividad personal por parte del contratista, tampoco existirá el elemento de la subordinación y no existirán ni ordenes de mando, ni horarios de trabajo y mucho menos reglamentación laboral, y d) el contratista *-particular-* deberá poseer título que acredite su profesionalidad necesaria para el desarrollo de dicha actividad a contratar.

⁸³ Sobre el contrato de prestación de servicios, el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993 señala: “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

⁸⁴ El citado precepto en su literal h de la numeral 4 ° señala: “**Artículo 2°. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN.** (...) h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.”

⁸⁵ *Ibid.*, p. 334.

La segunda hipótesis conforme los contratos de prestación de servicios, son los de apoyo a la gestión. Para tal especie, el autor precitado FANDIÑO⁸⁶ los delimita en tres vertientes, los de naturaleza operativa, logística y asistencial. En cuanto a las primeras, los define como los de carácter ocasional, deben contratarse para el desarrollo de actividades propias de la entidad por personal no profesional. En lo que respecta a las logísticas, este las define como aquellas que emplean un conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de un servicio o un evento específico.

Finalmente, están las asistenciales, que según el autor debe entenderse de apoyo y complementarias a las tareas propias de la entidad o a las labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución realizadas por personas no profesionales. Finalmente, la última subclase de este contrato es la prestación de servicios artísticos, que de igual forma el autor lo esboza así:

“Estos contratos sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales (artistas). La entidad no tiene la obligación de expedir el acto administrativo de justificación de la contratación, por ende, se incluye dicha situación en el respectivo contrato, ejemplo tales como la elaboración de bustos, monumentos, esculturas, pinturas de murales, cuadros, etc.”⁸⁷

Ahora bien, teniendo en cuenta que para esta modalidad de contrato estatal, lo importante es examinar las funciones que la entidad le desprende al contratista, se hace imperiosa ubicarlo en un ítem aparte de los criterios antes analizados según la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el temario de la asimilación.

En este punto, si bien es cierto la prestación de servicios, en sentido lato, florece en dos aspectos puntuales antes examinados, en estos la administración podrá, de manera transitoria o permanente, remitirles funciones estatales a dichos particulares mediante este tipo de contrato estatal.

En ese orden de ideas, un contratista *-particular-* que se vincule a la administración mediante este tipo de contrato, podrá ejercer labores que se ciñan a ejecutar actividades puramente materiales, o en su defecto, podrá el mismo contrato transferirle funciones de carácter públicos, permitiendo al juzgador penal extender su cualificación a servidor público.

Así entonces, el contrato de prestación de servicios, para efectos de asimilación jurídica frente al contratista, es necesario tener en cuenta la finalidad de su objeto contractual, pues si en este se cumple una función pública, o en su defecto obligue

⁸⁶ *Ibíd.*, ps. 334 - 336

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 334.

al contratista a ejecutar labores propias de la entidad contratante, la asimilación jurídica será objetiva conforme los parámetros que señala la sentencia fundacional tratada en el capítulo anterior. No obstante, si la labor de dicho contratista se ajusta a quehaceres simplemente materiales o actividades distintas al objeto social de la entidad, no perderá para efectos penales esa calidad de particular.

8. CONCLUSIONES

- Al desarrollar el presente trabajo de grado, se pretendió ampliar conceptualmente lo concerniente a la asimilación de un particular a funcionario público, para enrostrarles responsabilidad de tipo penal, por aquellas conductas que atentan contra la administración pública y llevan consigo un sujeto activo cualificado.
- En este trabajo se desarrolló doctrinalmente el concepto en sentido lato de servidor público, profundizándose en materia penal; así mismo, se examinó de forma acuciosa cada decisión de la sala de casación penal de la corte suprema de justicia, con referencia al tema entre los años 2000 y 2010, y por último, se resaltó los enfoques o criterios que esta corporación esgrimió en la asimilación jurídica de un contratista, contrastándolo con aquellos contratos estatales que señala el artículo 32 de la ley 80 de 1993. A continuación, se expondrá un conjunto de conclusiones específicas que constituye los resultados de nuestra monografía, miremos:
- Indudablemente, vale precisar el abundante o basto desarrollo doctrinal que trae el escenario jurídico al conceptualizar el término de servidor público. Sin embargo, para efectos de aplicación penal este concepto sufre una adición diferente a su postura constitucional, pues para este campo del derecho dicha calidad no la posee aquellas personas que cumplen funciones públicas o su vinculación es mediante acto administrativo, sino que amplifica su análisis, permitiendo a un contratista o particular convertirse en servidor público y así ser sujeto activo cualificado, en aquellas conductas punibles que lo exigen.
- Queda claro el exiguo desarrollo legislativo con referencia al servidor público, consolidado en el artículo 20 de la Ley 599 de 2000; pues en cuanto a los particulares no expone de manera diáfana criterios o presupuestos para poder asimilarlos y así en cuadrar una responsabilidad penal en su contra. Corolario a lo anterior, el juzgador deberá acudir a la jurisprudencia como fuente de interpretación jurídica, para poder enrostrar responsabilidades a aquellos particulares que intervienen en la administración pública. De tal manera, que al realizar un análisis hermenéutico de dicho precepto del estatuto punitivo, este no precisan una clara postura con referencia a los particulares; sin embargo, la jurisprudencia de antaño trae una serie de decisiones que analizan dicha asimilación y plantean dos criterios en los que se valora la posibilidad de convertir un contratista *-particular-* a funcionario público para efectos penales.

- El tratamiento jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con referencia en el tema, arrojó como criterios para la asimilación jurídica de un particular los siguientes: a) En aquellos contratos cuya labor está sujeta a que el contratista despliegue actividades netamente materiales, y b) En aquellos contratos cuyo objeto implica por parte de la administración la transferencia de funciones públicas al contratista.
- Frente al primer criterio, la línea jurisprudencial desarrollada en el capítulo segundo de este trabajo de grado, permitió concluir que la Corte Suprema de Justicia adopta dos posturas frente al tema, una de carácter flexible que permite la asimilación jurídica del particular al contratista en aquellos contratos cuya labor sea puramente material, y una restringida que impide dicha asimilación en los mencionados tipos de contrato.
- Según la tesis flexible que plantea la sala en tal aspecto, se hace imperioso para asimilar un particular a servidor público, que la entidad contratante tenga como función en su naturaleza la ejecución de dicho objeto contractual, y que a su vez esta labor sea encomendado al contratista mediante el contrato mismo. Ahora bien, en cuanto a la postura restringida, para algún sector de la corte no es posible asimilar un particular a funcionario público, debido a que este funge como un colaborador o instrumento de la administración para cumplir sus fines, y se podrá asimilar solo en aquellos casos en que el contrato mismo transfiera funciones públicas.
- De todo el examen jurisprudencial antes expuesto, se puede evidenciar que existe una antinomia jurídica acerca de esta noción planteada; pues aparte de que la norma misma en su interpretación resulta anfibológica, la jurisprudencia como fuente formal del derecho no plantea una postura diáfana y concreta, permitiendo al juzgador, o en su defecto al ente investigador endilgar responsabilidades penales acogiendo de manera subjetiva a cualquiera que estas posturas antes expuestas.
- Ahora bien, el último capítulo de este trabajo de grado, se centró además de explicar la relación entre el derecho administrativo y el penal, el analizar cada una de las modalidades contractuales, amén del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y encuadrarlos en los criterios esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia referente a la asimilación jurídica. En ese orden ideas, el primer criterio zanjado se desprende de aquellos contratos estatales, en los que la labor del contratista está sujeta a desplegar actividades netamente materiales, los cuales son el contrato de consultoría y el de obra. Posteriormente, esboza como criterio aquellos contratos estatales donde el objeto implica por parte de la administración, la transferencia de funciones públicas al particular, en este se encajan los contratos de concesión, fiduciario y de fiducia pública.

- De todo lo anterior examinado, se avizora que el contrato de prestación de servicios no se enmarca en ninguna de los criterios antes referenciados; pues su explicación se da en la medida en que las funciones que cumple el particular podrá ser la de ejecución de labores materiales, o en su defecto el desarrollo de funciones estatales. En suma, esta tipología contractual resulta ser subjetiva a la hora de insertarlo en los criterios antes trazados, es imperioso tener en cuenta la finalidad de su objeto contractual, pues si en este se cumple una función pública, o en su defecto obligue al contratista a ejecutar labores propias de la entidad contratante, la asimilación jurídica será objetiva conforme los parámetros que señala la sentencia fundacional; o si por el contrario, la labor de dicho contratista se ajusta a actividades simplemente materiales, por regla general no perderá esa calidad de particular, y excepcionalmente se podrá asimilar, si y solo si, su objeto contractual haga parte de las funciones propias de la entidad contratante, conforme lo plantea en su postura flexible la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Finalmente, las dificultades a la hora de la contratación pública y los altos niveles de corrupción, desencadenados por apropiaciones de dineros del estado por parte de particulares o contratistas, no se podrán combatir con el tratamiento penal que a nivel legislativo se le brinda a esta figura; y que por parte de la jurisprudencia no se decante una postura concreta y efectiva para luchar en contra de este flagelo que vapulea día a día al estado colombiano. En conclusión, de este trabajo de grado se desprende la necesidad que le asiste al constituyente derivado de fabricar un compendio normativo que abarque y desarrolle los criterios antes analizados y los eventos o circunstancias en las que procede la asimilación jurídica para efectos penales.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Tomo I. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba. 1964.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *La Responsabilidad del Servidor Público en el Nuevo Estatuto de Contratación, en comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1994.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 190 (06, junio, 1995). *Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1995. No. 41.878.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 (24, Julio, 2000). *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2000. No. 44097.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1993.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 84 (26, mayo, 1873). *Por la cual se expide el Código Civil de la Republica de Colombiano*. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1873. No. 2.867.

DAVILA VINUENZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 1a edición. Bogotá D.C: Ediciones Legis. 2001.

DELGADO FERREIRA, Francisco José. *Derecho Penal Especial*. Tomo II. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 2006.

DROMI, José Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Astrea. 1977.

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer. *La contratación estatal*. Bogotá D.C: Editorial Leyer. 2014.

FORERO RAMIREZ, Juan Carlos y OSPINA PERDOMO, Juanita María. *Aspectos penales de la contratación estatal*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibáñez. 2017.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración Pública*. 3a Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Legis. 2001.

MAGGIORES, Giuseppe. *Derecho Penal, parte especial*. Bogotá: Editorial: Temis. 1955.

MOLINA ARRUBLA, Carlos. *Delitos Contra La Administración Pública 4ª Edición*, Citado por: SANGUINO MADARIAGA, Alirio. *Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*. 2a Edición. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2013.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Tomo 1. Madrid: Marcial Pons. 2004.

RESTREPO, Juan Camilo. *Hacienda Pública*. 2ª edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 1994.

RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*. 2a edición. Bogotá D.C: Editorial Temis. 1999.

SANGUINO MADARIAGA, Alirio. *Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*. 2a Edición. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2013.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia 29204 del 01 de agosto de 2016. C. P. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - sección tercera, Sentencia 13.436 del 22 de junio de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Corte Constitucional, Sentencia C- Sentencia C-563 del 07 de octubre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Charry.

Corte Constitucional, Sentencia C-089 del 03 de marzo de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-152 del 19 de marzo de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia C-166 del 20 de abril de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia c-294 del 06 del 06 de Julio de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia C-490 del 28 de octubre de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-521 del 21 de noviembre de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-711 del 09 de diciembre de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencias C-181 del 12 de marzo de 2002, Sala Plena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 18903 del 04 de enero de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 19562 del 27 de abril de 2005 M. P. Herman Galán Castellanos.

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, Sentencia 21926 del 30 de enero de 2008, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 22683 del 09 de mayo de 2007 M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 23228 del 23 de abril de 2008, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 23872 del 27 de julio de 2006, M. P. Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 24883 del 23 de febrero de 2006 M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 27477 de 2009, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 28586 del 01 de abril de 2009, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 31986 del 24 de agosto de 2010 M. P. María del Rosario González De Lemos.

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, Sentencia 32686 del 20 de octubre de 2010, M. P. María Del Rosario González De Lemos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 38768 del 01 de julio de 2015, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 41406 del 18 de junio de 2014, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.